

Universidad de los Andes
Investigación Profesoral
Paula Milena Suárez Sandoval
Tutora: Prof. Carolina Urrego-Sandoval

Fecha de presentación: 2 de diciembre de 2020

Fecha de aprobación: 17 diciembre de 2020

¿QUÉ HA PASADO CON LOS ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA? LOS CASOS DE MÉXICO, COLOMBIA, BOLIVIA, PERÚ, Y CHILE

ABSTRACT

El objetivo de este artículo es identificar y caracterizar las demandas ante tribunales de arbitramento internacional en las que han estado involucrados México, Colombia, Perú, Bolivia y Chile entre los años 1997 y 2019. Para este fin, se incluye una revisión de los tratados aplicables, las reglas arbitrales, la institución arbitral, los sectores y subsectores económicos y los montos reclamados con base en la información brindada por la base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) *Investment Dispute Settlement Navigator* y el Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos (SICE) acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Los resultados de esta investigación evidencian: una disminución en el número de acuerdos que los países firman y ratifican que coincide con un aumento significativo de controversias Inversor-Estado, que las negociaciones de los TBI no son solo un asunto de relaciones Norte-Sur y un énfasis en las disputas en el sector terciario, específicamente en lo referente al ámbito de la información y las comunicaciones.

PALABRAS CLAVE:

Tratados Bilaterales de Inversión, Arbitraje de inversiones, Solución de controversias Inversores-Estados, Información y Comunicaciones.

INTRODUCCIÓN

Seguridad jurídica a cambio de mayor inversión extranjera fue una de las banderas que adoptaron los países latinoamericanos en los años noventa (Mamani Prieto, 2013)¹ Los procesos de globalización y liberación comercial de la época impulsaron el uso de estos mecanismos de derecho para elevar la seguridad legal y la confianza institucional en los países de la región. De ahí el apogeo en la adopción de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) (Granato & Nahuel Oddone, 2007) y la adhesión de un gran número de países a la principal institución internacional de arreglo de diferencias entre inversores y Estados: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) (Mamani Prieto, 2013).²

Ahora bien, según datos la UNCTAD desde 1997 hasta 2019 México, Colombia, Perú, Chile y Bolivia han recibido un total de 88 demandas ante tribunales de arbitramento internacional por el incumplimiento de TBI. Durante este periodo, hubo una tendencia al aumento de las demandas recibidas por los países estudiados que estuvo acompañada con una disminución en la firma de estos acuerdos, y consiguiente, una caída en su ratificación. A razón del cambio entre el auge y caída de la adscripción a estos compromisos internacionales se han realizado múltiples estudios y aunque se ha estudiado ampliamente la región latinoamericana (Granato & Nahuel Oddone, 2007; Suñé, 2015), hay una reducida literatura que maneja una perspectiva inter-regional (Lazo & Wang, 2019). Sin embargo, ya que cuando se trata de políticas de inversión los países no necesariamente actúan como bloque, resulta interesante analizar las particularidades que se presentan a partir del análisis de casos de estudio. Asimismo, es de destacar que no hay estudios que aborden las controversias entre Inversores-Estados con especial énfasis en el sector económico terciario, mejor conocido como el sector de los servicios.

¹ La profunda crisis económica de los años ochenta en la región latinoamericana y el modelo de desarrollo impulsado por el Consenso de Washington a favor de la liberalización del mercado promovió reformas casi indiscriminadas para la atracción de inversión extranjera bajo la noción de que era sinónimo de crecimiento económico.

² Los servicios son definidos como intangibles e invisibles u perecederos con simultaneidad entre la producción y el consumo, como toda aquella producción que no corresponde a bienes y como funcional como una actividad en la que se cambian las condiciones de una persona o bien con previo consentimiento del consumidor y del productor (Romero Amado et al., 2014).

Puesto así, esta investigación se pregunta cuál ha sido la experiencia de las controversias ante tribunales de arbitramento internacional por incumplimiento de tratados bilaterales de inversión en México, Colombia, Bolivia, Perú y Chile desde 1998 hasta 2018, ya que identificar y caracterizar tales litigios permitiría contribuir a la literatura en ambos vacíos. Por lo tanto, este artículo presenta una aproximación descriptiva que traza las particularidades y relaciones de los procesos de controversias internacionales desde una perspectiva holística y no desde las generalidades y los factores aislados. Cuestión que brinda, por un lado, una mayor comprensión sobre los conflictos económicos dados en países localizados en el sur global y desmienten la tendencia intuitiva a entender los conflictos que versan sobre inversiones extranjeras en lógicas de Norte-Sur. Por otro lado, teniendo en cuenta que la mayoría de los casos se presentan en el sector terciario, son los países de estudio, quienes presentan mayores controversias en ese ámbito. Esta aproximación constituye un insumo para la investigación en las áreas de la Economía Política Internacional (EPI), el Derecho Internacional Comercial, y el Arbitraje de Inversiones, entre otros.

Para tal fin, en aras de comprender conceptualmente los TBI, en primer lugar, se revisan sus contenidos básicos y se exponen los debates que hay en la literatura en torno a estos acuerdos; este ejercicio se replica con el arbitraje internacional de inversiones. Posteriormente, se hace una recopilación del estado del arte de los TBI en Latinoamérica con especial énfasis en los casos de estudio. Finalmente, se abordan las demandas enfocadas en el sector terciario, específicamente en lo referente al ámbito de la información y las comunicaciones.

METODOLOGÍA

Esta investigación busca describir las controversias Inversor-Estado ante tribunales de arbitramento internacional de México, Colombia, Chile y Bolivia entre los años 1997 y 2019. Para este fin, se opta por el uso de una metodología cualitativa enfocada en los casos de estudio de México, Colombia, Chile y Bolivia entre los años 1997 y 2019. Se recopiló información y posterior análisis documental de la base de datos del centro de políticas de inversión ofrecida por la UNCTAD y la literatura académica especializada en el arbitraje de inversiones.

Por un lado, los estudios de caso son oportunos en la medida que la pregunta de investigación tiene un carácter descriptivo y el interés de la investigación versa sobre una circunstancia contemporánea que busca trazar las particularidades de las controversias internacionales desde una perspectiva holística y no desde las generalidades y los factores aislados. Por otro lado, el enfoque cualitativo permite la identificación de categorías emergentes y la comprensión de procesos a través del análisis documental desde una perspectiva diacrónica. Particularmente, se hará un énfasis en los casos concernientes a la información y comunicaciones.

REVISIÓN DE LA LITERATURA

Los TBI son una temática ampliamente abordada por la literatura. Algunos autores abordan los contenidos básicos de estos acuerdos (Arsen, 2003; Granato & Nahuel Oddone, 2007; Stanley, 2004) y sus procesos de difusión en los países en desarrollo (Skovgaard Poulsen, 2014; Skovgaard Poulsen & Aisbett, 2013). Otros han presentado varios debates en torno a los efectos que se derivan de los TBI, por ejemplo, respecto de las indemnizaciones a los inversores por incumplimiento de los tratados (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2010); la relación que tienen con la efectiva atracción de Inversión Extranjera Directa (IED) (Lazo, 2018); la necesidad de que se armonicen con las obligaciones en términos de Derechos Humanos (Ayala, 2009; Solórzano Quintero, 2017); los retos y debates que suscita el arbitraje internacional de inversiones como mecanismo insignia de solución de controversias de estos acuerdos (Pérez Pacheco, 2015; Stanley, 2004); los desafíos que presentan para la soberanía estatal (Zabalo, 2012) y la negociación por partes (Estados) desiguales (Henaó, 2019), entre otros. También se han realizado aportes respecto del arbitraje internacional de inversiones alrededor de sus oportunidades y desventajas (Ayala, 2009; Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2010; Pérez Pacheco, 2015; Solórzano Quintero, 2017; Stanley, 2004). Otros autores concluyen que la fuerte sensibilidad política hacia la IED combinada con la prevalencia de la democracia, niveles comparativamente altos de participación en disputas y bajas tasas de éxito en la solución de disputas, han contribuido al vigor de la reacción regional contra el arbitraje de diferencias de inversiones (Remmer, 2019).

Por otra parte, se puede afirmar que hay estudios de caso para toda la región latinoamericana respecto a las tensiones (Suñé, 2015) recepción, regulación(Granato & Nahuel Oddone, 2007; Pérez Pacheco, 2015) y efectos de los TBI (Barragán et al., 2015; Lazo, 2018; Zabalo, 2012). Particularmente, hay investigaciones que se han enfocado de manera exclusiva en la región andina (Mamani Prieto, 2013) y en países específicos, a saber: la experiencia de Argentina durante los años noventa y comienzos del siglo XXI (Stanley, 2004) así como los costos de tales compromisos internacionales (Mortimore & Stanley, 2006); la experiencia de Venezuela durante el mandato de Hugo Chávez fue recopilada por (Pérez Pacheco, 2015); el caso colombiano ha sido revisado desde la perspectiva del derecho económico y el andamiaje normativo que protege a los TBI (Cantillo Linares, 1995), las políticas de inversión extranjera, su negociación y relación con tales acuerdos (Victoria & Matamoros, 2018). Asimismo, se han estudiado puntualmente cuatro casos que ha enfrentado Colombia ante tribunales de arbitramento internacional desde el año 2016 con el fin de construir una posición del país ante futuras demandas (Castrillon Velasco, 2017). A su vez, se ha propuesto un estándar de revisión constitucional nacional estricto sobre el arbitraje de inversiones en este país (Urueña & Prada-Urbe, 2019).

Pese a todo, el único estudio que maneja una perspectiva intra-latinoamericana sugiere que las controversias entre inversores en la región están en gran parte infrutilizadas y, cuando estas se implementan, reflejan las tendencias generales de elaboración de tratados de inversión y la solución de controversias en todo el mundo (Lazo & Wang, 2019). Con todo, resulta necesario admitir que usualmente se opta por entender las implicaciones de los TBI en el “bloque” de los países latinoamericanos, salvo algunos estudios que dan cuenta de las tendencias y posiciones de países como Bolivia, Ecuador, Venezuela, Colombia y Perú (Higginbottom, 2013; Mamani Prieto, 2013) respecto a la recepción de inversión extranjera y los TBI. Sin embargo, no se han presentado estudios que identifiquen y caractericen tanto los TBI suscritos por los países latinoamericanos, las instituciones de arbitraje más utilizadas, las demandas que se hacen entre inversores y Estados de la misma región, como los sectores de la economía en que mas demandas se realizan. Esto, entre otras cosas, obedece a que dado que los efectos de los TBI en la Inversión Extranjera Directa (IED) se consideran pequeños, no hay información disponible sobre el tema (Vander Stichele, 2003).

Estos acuerdos regulan las normas generales sobre el trato a la inversión, sus alcances y definiciones. También disponen las garantías y compensaciones por expropiación, garantías de libre paso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior, prohibición o límites a los requisitos de desempeño, entre otros. Cabe anotar que la definición abierta de inversión de los TBI, como se mencionó, cubre una amplia gama de activos y algunos de estos ya se cubren por los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, por ejemplo, en el acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) (Vander Stichele, 2003).

Particularmente, las principales cláusulas incorporadas al régimen legal aplicable al inversor son: *Tratamiento Justo y Equitativo* que busca prevenir el trato arbitrario por parte de los países receptores de capital a los inversionistas. Esta disposición se asimila al principio de buena fe, que supone que una parte no puede tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo (Granato & Nahuel Oddone, 2007) y significa que el trato a una inversión es aplicable a una inversión en una situación particular independientemente del estándar aplicado a otras inversiones (Stanley, 2004). La cláusula de *Trato no Discriminatorio* refiere a la obligación de no perjudicar mediante medidas arbitrarias o discriminatorias a la gestión (mantenimiento, goce o liquidación) y uso de las inversiones de la otra parte situadas en el territorio del receptor, entendiéndose discriminatorio como todo daño actual realizado con la intención de dañar al inversor.

Por otro lado, la cláusula de *Trato Nacional* se basa en que los inversores extranjeros deben tener igual trato que los inversores nacionales o al menos uno "no menos favorable" que aquellos. Es de anotar que los TBI firmados con anterioridad a 1990 "de generaciones anteriores" definían al trato nacional como el mismo tratamiento que se da a los inversores locales, eso implicaba que no se podía favorecer a los inversores extranjeros sobre las industrias nacionales. No obstante, en los TBI posteriores se asume al trato nacional como aquel "no menos favorable" que el que se otorga a los locales, de manera que se puede favorecer a las industrias extranjeras por encima de las nacionales (Vander Stichele, 2003)..³

³ Esta cláusula puede ser discriminatoria para los inversores locales ya que estos no pueden acudir a instancias judiciales internacionales (Stanley, 2004, p. 15).

La cláusula de *Trato de la Nación Más Favorecida* "sostiene que el tratamiento que el país receptor otorga a los inversores de un país extranjero (contraparte en el acuerdo) debe ser —en circunstancias similares— igual al otorgado a inversores provenientes de terceros países" (Stanley, 2004). Esto implica que estos acuerdos tienen vocación de multilateralización pues, aunque en principio solo se aplican los acuerdos para los Estados firmantes, como todos contienen esta cláusula, pueden extenderse a otros, por ejemplo, la definición de inversión, el trato nacional, entre otros (Granato & Nahuel Oddone, 2007).

La cláusula de *solución de controversias*, es quizá una de las más importantes, pues establece que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en el acuerdo conlleva responsabilidad internacional del Estado receptor por los daños ocasionados, por lo que el inversor puede recurrir al arbitraje internacional con el fin de dirimir sus disputas y obtener una indemnización.⁴ Es de precisar que bajo este esquema hay un cambio al sistema de protección diplomático tradicional, que se contenía usualmente en los TBI de “vieja generación”, según el cual el Estado de la nacionalidad del particular afectado era quien hacía el reclamo frente al Estado incumplidor (Bas Vilizzio, 2015; Vander Stichele, 2003). Bajo este modelo no es necesario un previo agotamiento de recursos internos en el Estado demandado. Ahora bien, aunque algunos países prevén en sus TBI el agotamiento previo de los recursos domésticos, bajo la cláusula del Trato a la Nación Más Favorecida puede eludirse tal obligación (Bas Vilizzio, 2015).

Es también relevante el *Derecho de expropiaciones* que “aborda el derecho del Estado a adoptar las inversiones, ya sea directa o indirectamente, y regula los criterios de legalidad para el ejercicio de este derecho” (Paparinskis, 2015). Adicionalmente, se incluyen cláusulas de: *Protección y Seguridad Plenas* que especifican que los Estados deben actuar diligentemente para garantizar la protección de inversiones; cláusulas sobre *Riesgos Políticos no Comerciales* que establecen protecciones respecto a inseguridades que se den fuera de la operación económica, por ejemplo, las expropiaciones, nacionalizaciones o daños ocasionados por guerras o similares; cláusula *Estabilización* que implica que de darse una modificación por una normativa menos favorable al inversor esta no aplica para las inversiones anteriores a la modificación, sino que rige la legislación aplicable al tiempo de

⁴ Existen casos en que las partes pueden definir si el arbitraje será ad hoc o administrado por un centro especializado.

la suscripción del TBI, entre otras.⁵ Finalmente, disponen las excepciones, modificaciones y cláusulas de terminación de los tratados.

DEBATES SOBRE TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Los TBI hacen parte de la arquitectura financiera internacional y, aunque las protecciones legales basadas en tratados para los inversores están diseñadas para fomentar la entrada de inversión, lo cierto es que las obligaciones legales que se derivan de aquellos imponen un conjunto de riesgos, limitaciones y consecuencias para los gobiernos de los Estados receptores (Remmer, 2019). Por esta razón, pueden observarse dos posturas antagónicas sobre tales tratados.

Primero, desde una versión positiva, los TBI son acuerdos regidos por el Derecho Internacional que contienen reglas claras para proteger y brindar seguridad jurídica a los inversionistas en países extranjeros, en otras palabras, son herramientas que dan estabilidad y "reglas de juego" para atraer inversión extranjera e impulsar el desarrollo de los países, regular la protección del inversor foráneo, impulsar la liberalización y promoción de inversiones, las distorsiones de las mismas y el buen clima de inversión (Granato & Nahuel Oddone, 2007). Al respecto Lazo (2018) sugiere que, aunque no hay evidencia empírica que sostenga la creencia generalizada de que los TBI cumplen los objetivos fundamentales de aumentar los flujos de inversión y mejorar las condiciones de protección de esta, se ha encontrado que estos sí incluyen disposiciones que permiten, en el contexto latinoamericano avanzar en otros aspectos como regulación laboral, ambiental y desarrollo sostenible. Además, Pérez Pacheco (2015) establece la necesidad de estos acuerdos para el manejo de las relaciones internacionales, sin que por ello no sea necesaria la inclusión de parámetros preestablecidos sobre prioridades de desarrollo en las naciones; de no ser así, cree que existe el riesgo de que se impongan modelos y condiciones extranjeras en detrimento de las economías nacionales.

Segundo, desde la postura contraria, se ha encontrado que los TBI son mecanismos en los que existe la posibilidad de trasgredir derechos humanos y, consigo derechos sociales

⁵ Pueden encontrarse también cláusulas que prohíben los requisitos de desempeño de los inversores, cláusulas de subrogación para las aseguradoras extranjeras, cláusulas medioambientales y laborales, controles de capital, entre otras.

económicos y culturales (Solórzano Quintero, 2017) pues los temas de objeto de revisión y el tipo de controversias que llegan al sistema de arbitraje internacional tienen efectos comunitarios y no individuales, por ejemplo cuando afectan intereses públicos como los derechos humanos y el medio ambiente (Urueña & Prada-Urbe, 2019). Esto, sin tener en cuenta que los TBI han otorgado a los extranjeros derechos que exceden los que disfrutaban los inversionistas nacionales (Hallward-Driemeier, 2003). Asimismo, se sostiene que estos tratados desplazan la jurisdicción interna e implican una cesión de la soberanía (Zabalo, 2012) debido a que utilizan al arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas – lo cual- en últimas ha resultado en un gran número de demandas por cuantiosas sumas en contra de los países latinoamericanos (García-Amado & Kucharz, 2013). También se ha argumentado que la "segunda generación" de los TBI se ha construido a partir de cláusulas tipo, de las cuales la más significativa es la de solución de controversias, "fórmula con la que se introduce una suerte de <<garantismo sobre la inversión extranjera>>" (Henaó, 2019) que permite a grandes inversores demandar a los Estados con base en interpretaciones amplias de lo que es un daño a la inversión; de ahí el auge de las demandas y la intención de algunos países como Ecuador, Bolivia y Venezuela a rescindir o modificar estos acuerdos vigentes (Transnational Institute, 2015).

Adicionalmente, Zabalo (2012) sostiene que, al margen de la efectividad sobre la atracción de inversión extranjera, los acuerdos limitan las políticas públicas que pueden promoverse para el desarrollo. Con respecto a la inversión también mencionan Mortimore & Stanley (2006) que, si bien hubo un notable número de TBI que coincide con el vertiginoso aumento de los flujos de inversión extranjera dirigidos a países en desarrollo y economías en transición, esta tesis no es segura, pues no hay una relación causal entre ambas variables. Lazo (2018) por su parte, establece que los TBI no tienen una relación directa con la atracción de inversiones en las economías latinoamericanas. Tesis que soportan (Barragán et al., 2015) quienes argumentan que los TBI han tenido un efecto negativo y significativo sobre la inversión extranjera directa (IED) en América Latina para el periodo de 2001 a 2014, entre otras cosas por la tendencia decreciente en el número de TBI entrados en vigencia -lo que en

últimas- evidencia una pérdida de interés en su ejecución y una migración a los "mega tratados".⁶

Ahora bien, a nivel global menciona Vander Stichele (2003) que el vínculo directo entre los TBI y la atracción de inversiones nunca ha sido probado, de hecho, diferentes estudios indican que los TBI desempeñan un papel secundario a la hora de influir en los flujos de IED pues cuestiones como el tamaño del mercado del país receptor son más relevantes en esa atracción. Además, explica que no hay evidencia que sostenga que los TBI son más relevantes cuando los inversores consideran que tienen altos riesgos, sin embargo, si se ha demostrado que las empresas se interesan sobre los TBI antes de realizar grandes inversiones. En la misma línea, Yackee (2008) encuentra que no hay un vínculo claro entre las protecciones de los estados y la inversión. Pese a esto, vale anotar que se ha encontrado que los tratados actúan más como complementos que como sustitutos de la buena calidad institucional y los derechos de propiedad en los países receptores (Hallward-Driemeier, 2003). Razón por la cual, los TBI no se presentan necesariamente como la herramienta idónea ni para los países en búsqueda de inversión, ni para los inversionistas en búsqueda de seguridad.

Al contrario, para 2009 la UNCTAD mencionaba que no hay evidencia de una única relación causal entre la conclusión de un TBI y las corrientes de IED porque según las metodologías y modelos aplicados cambian los resultados de esta relación. Pese a esto, los TBI si mejora elementos institucionales y de política de los países que -en su perspectiva- si incrementa las posibilidades de IED, lo que, sumado a encuestas de percepción en empresas transnacionales, significa que si tienen cierta importancia estos acuerdos. Pese a esto, en 2015 esta entidad afirmó que los TBI “se siguen considerando un importante instrumento de política que contribuye a proteger y atraer la inversión extranjera directa al ayudar a crear un clima empresarial estable y previsible” (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2015).

Por otra parte, los TBI presentan potenciales riesgos, por ejemplo, pueden traducirse en la pérdida total o parcial del control del proceso de desarrollo por parte de los países

⁶ Son acuerdos que se negocian entre 20 o más países. Un antecedente fue el Multilateral Agreement on Investment (MAI) cuyas negociaciones se iniciaron en 1995 al interior de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) pero que para el año 2000 se había suspendido (Granato & Nahuel, 2007).

receptores, especialmente se puede limitar la acción del gobierno en el área de salud, seguridad, trabajo, empleo, medio ambiente, entre otros. Por demás, la discrecionalidad que tienen los árbitros sobre los acuerdos internacionales de inversión pueden aumentar la exposición de los receptores ante estos riesgos, así como puede darse una restricción financiera debilitadora sobretodo para un país en desarrollo o pequeño ante el costo financiero que imponen las decisiones arbitrales (Mortimore & Stanley, 2006).⁷

Puesto así, gran parte de la literatura explorada sugiere que los TBI dificultan los cambios en las estrategias de desarrollo de los países, tienen efectos potenciales en las economías nacionales y sus mecanismos de solución de controversias adolecen de altos costos financieros y una crisis de legitimidad. Suponen a su vez conflictos de intereses y disputas respecto a su naturaleza poco democrática, transparente e independiente. Lo anterior, por el incremento de los casos donde las demandas son iniciadas principalmente por empresas transnacionales de países industrializados -y no en sentido opuesto o al menos proporcional-, lo que ha provocado una serie de reacciones y cambios no solo a nivel regional sino global respecto a estos acuerdos (Mamani Prieto, 2013).

Ahora bien, desde ambas perspectivas se impulsa la necesidad de reformar algunos elementos de los TBI y los procesos de arbitraje internacional de inversiones. Quienes favorecen estas instituciones, recalcan la importancia de revisar las cláusulas de resolución de controversias Inversor-Estado, las cuales primordialmente son impuestas por los países emisores de capital y que en ocasiones han resultado adversas a los intereses de los países signatarios. Estas cláusulas son las que determinan que cualquier desavenencia entre las partes ha de resolverse ante un tribunal de arbitramento internacional. También se insta a la evaluación de las reacciones negativas que han tenido países desarrollados receptores de inversión extranjera respecto al arbitraje Inversor-Estado, para así comparar su experiencia con la de los países en desarrollo.⁸ Otra iniciativa es reformar el modelo proteccionista prevaleciente a los inversores extranjeros, considerado el causante de un importante número

⁷ Menciona Mortimore que a diferencia de las economías en transición como los países BRICS, las economías más pequeñas tienen menor poder de negociación y han tenido la necesidad de asumir mayores niveles de compromiso para atraer IED.

⁸ Según la UNCTAD también los exportadores de capital, por costos y tiempo, buscan impedir que se agraven las disputas antes de recurrir a procedimientos de SCIE.

de demandas por cuantiosas sumas, cuyo concepto es la indemnización a inversores (Pérez Pacheco, 2015).⁹

Desde una visión más crítica al arbitraje de inversiones y los TBI, Zabalo (2012) sugiere que los Estados deben optar por renunciar y reformar los acuerdos de manera colectiva, para que así los intereses de un conjunto de países latinoamericanos sean más eficaces y sus consecuencias menos gravosas. Granato & Nahuel Oddone (2007) contrariamente, proponen perfeccionar el sistema bilateral renegociando convenios que técnicamente sean mejores y avanzando en la negociación de un acuerdo de carácter regional que consagre para América Latina un estándar o modelo de trato al inversor extranjero compatible con los intereses de la región.

En clave de derechos humanos, Solórzano Quintero (2017) argumenta que los TBI requieren modificaciones para estar acorde a las obligaciones que en esta materia previamente se vincularon los países, específicamente mediante la incorporación de instrumentos y obligaciones de derechos humanos dentro de los acuerdos. Ayala (2009) también resalta la importancia de incluir este tipo de cláusulas, a través de las cuales los Estados cumplan sus obligaciones comerciales y las respectivas al Derecho Internacional Humanitario. Aunque esto pueda ser menos atractivo para la IED o desmejore la imagen de competitividad del país, el Estado receptor debe optar por garantizar no solo los derechos humanos, sino también la implementación de sus acuerdos a todos los miembros igualmente.

De hecho, por las diferentes discusiones acá planteadas, en 2015 la UNCTAD reconoció que el régimen de TBI se encontraba en un momento decisivo y requería una transformación a través no solo de las reformas, sino de las oportunidades de terminación de algunos acuerdos, así como la implementación de un nuevo énfasis basado en el desarrollo sostenible (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2015). Para 2019 según esta organización la “reforma progresista” de los TBI ya estaba en marcha pues todos los tratados concluidos en 2018 incluían las reformas según el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD. Sin embargo, destaca que tales

⁹ Proteccionismo es la tendencia que resguarda en términos de regulaciones y normativas prioritariamente a los inversores y que como consecuencia ha incentivado el rechazo de mecanismos de solución de controversias como el CIADI. Un ejemplo de ello, fue la propuesta de crear UNASUR para conocer las controversias de Ecuador, Nicaragua y Venezuela.

reformas se han dado a un número reducido de tratados pues para la fecha “el acervo de tratados de vieja generación es diez veces mayor que el de tratados modernos orientados a la reforma...y, hasta la fecha, la mayoría de los casos conocidos de solución de controversias entre inversionistas y Estados se han basado en tratados de vieja generación cuando se plantean casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados” (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2019). Esto da cuenta, de un reconocimiento claro sobre los debates amplios con respecto al papel e implicaciones del régimen de los TBI, pero a la vez una transformación lenta e insuficiente del mismo.

Al respecto de lo mencionado por la literatura hay que decir al menos cuatro cosas. Primero, las evidencias empíricas que desmitifican el "axioma de que inversión extranjera conduce irreductiblemente crecimiento económico” (Mamani, 2012), el escepticismo y la revelación de que no hay una relación directa entre la atracción de flujos de IED por los TBI, muestran que los países necesitan de mayor cuidado al momento de adquirir estas obligaciones. Estos acuerdos pueden convertirse en instrumentos innecesarios para los fines económicos que persiguen los Estados ya que a corto plazo pueden significar altos costos sin que necesariamente exista una compensación por las obligaciones adquiridas; cuestión que en últimas abre la posibilidad para que los países trasladen sus esfuerzos a otro tipo de instituciones que efectivamente persigan sus intereses y que estén acorde a sus posibilidades administrativas y sociopolíticas.

Segundo, los TBI como todas las normas jurídicas o leyes implican altos costos económicos y políticos. Sin embargo, ese carácter no las blindas y las vuelve estáticas o ahistóricas, al contrario, su desarrollo depende de las experiencias político-económicas de los países firmantes. De manera que, los Estados efectivamente deben optar por hacer una reforma sistemática, realizar ajustes selectivos a sus regímenes actuales, apartarse de los compromisos internacionales relativos a las inversiones o mantener el *statu quo*.(Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2015). Sin embargo, cualquier posición debe considerar el carácter dinámico e histórico de las leyes, en especial cuando versan sobre el ejercicio del poder público en sede internacional. Cabe mencionar que las alternativas más afines con el régimen internacional de inversiones sugiere a los Estados la incursión en acciones multilaterales, en la gestión de las relaciones entre los tratados existentes o en la

consolidación de la red (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2019a).

Tercero, este tipo de instituciones en el plano ideal brindan garantías y confianza a terceros extranjeros que incursionan en economías ajenas, cuestión que *per se* no es negativa y -al contrario- sirve para dar claridad a las partes en tiempos de incertidumbre o desavenencias. Por lo tanto, las transformaciones que tengan los TBI no pueden anular los derechos de la contraparte, pero no por esto deben privilegiarse-. Cuarto, estos acuerdos tienen implicaciones económicas que exceden a las partes y que afectan las obligaciones de los Estados respecto a sus poblaciones y territorios y consigo sus derechos, pues bien, el arbitraje como ejercicio descentralizado del poder público internacional implica que si bien las disputas de inversión se resuelven en conflictos bilaterales (Inversor-Estado) las decisiones de los tribunales y los acuerdos en si mismas tienen efectos comunitarios y no individuales. Por ejemplo, cuando se afectan intereses y valores públicos como los derechos humanos, el medio ambiente, la regulación de servicios públicos, la salud de las personas, los derechos sobre los pueblos indígenas y tribales, entre otros (Urueña & Prada-Urbe, 2019).

ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Como ha discutido aquí, el arbitraje internacional es la vía por excelencia para resolver las diferencias entre inversores y Estados. Sus ventajas se sitúan alrededor de la despolitización de las controversias con los inversores asegurando la independencia y neutralidad en la resolución. Asimismo, la flexibilidad y rapidez que ofrece a las partes la posibilidad de ejercer control sobre su proceso -por ejemplo, incluyendo árbitros cualificados o especializados en la temática a resolver- genera una percepción de legitimidad y asegura que en mayor medida los laudos tengan fuerza ejecutoria (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2010).

Pese a esto, la literatura especializada ha sido enfática desde hace más de 10 años en la urgencia de un reajuste al arbitraje en vista del creciente número de casos de SCIE. De hecho, desde 2010 la UNCTAD elaboró un estudio en aras de la prevención y búsqueda de alternativas al arbitraje, pues se encontró que el arbitraje rompía relaciones comerciales, tenía costos elevados, implicaba plazos de resolución de controversias prolongables, etc. Estas críticas aún en 2015 continuaban vigentes, pues esta misma organización propuso el

establecimiento de cinco vías amplias para la reforma de solución de controversias sobre inversiones. Por un lado, se detectó que habían de manifiesto deficiencias sistémicas en el régimen SCIE que desmienten muchas de las ventajas que el arbitraje ofrecía, a saber:

1) Respecto a la legitimidad es discutible que tres personas nombradas *ad hoc* evalúen la validez de los actos de los Estados y ejerzan presión sobre finanzas públicas por las altas indemnizaciones que pueden sentenciar.¹⁰; 2) En cuanto a la transparencia en los procedimientos SCIE se puede mantener la confidencialidad total si ambas parte lo estiman, incluso si la controversia versa sobre cuestiones de interés público; 3) Se ha dicho que hay interpretaciones incoherentes sobre los mismos tratados así como en la evaluación de casos relativos a los mismos hechos, lo que ha generado un estado de incertidumbre; 4) Sobre las posibles decisiones erróneas que puedan tomar los árbitros se dice que hay una manera eficaz de que sean corregidas bajo los mecanismos de revisión existentes, en especial por los comités de anulación del CIADI ya que la capacidad de revisión es limitada y la revisión es individual por lo que pueden haber discrepancias internas; 5) En lo que tiene que ver con la independencia e imparcialidad de los arbitro se ha dicho que hay un aumento en las recusaciones de estos, lo que puede indicar que las partes los consideran parciales o predispuestos. Específicamente, se ha expresado preocupación porque cada litigando nombra a personas que simpaticen con su causa, tienen interés de ser designados en futuros casos, como carecen de puestos permanentes pueden como árbitros en algunas ocasiones y como abogados en otras actuar como abogados en otros y no enfrentan prohibiciones de recibir remuneraciones de terceros (Mortimore & Stanley, 2006); 6) En cuanto a las consideraciones financieras, se ha encontrado que los procedimientos arbitrales tienen un alto costo, lo que en especial afecta a las economías en desarrollo y a las pequeñas y medianas empresas. De hecho, incluso si el Estado gana el caso el tribunal puede ordenar a los inversores demandantes abstenerse del pago de las costas del demandado; 7) Hay desconfianza respecto a la interposición de demandas fútiles/malintencionadas.¹¹

¹⁰ Un ejemplo de ello es la indemnización otorgada por un total de 50.000 millones de dólares por daños y perjuicios contra la Federación Rusa en 2014 por los casos Yukos Universal Ltd. v. the Russian Federation, Veteran Petroleum Ltd. v. the Russian Federation; Hulley Enterprises Ltd. v. the Russian Federation.

¹¹ Esto es relevante en cuanto los países pueden pagar en promedio 8 millones de dólares en abogados y árbitros, se estima que la minuta de los abogados puede ascender hasta 1000 dólares por hora -en caso de los grandes bufetes-, y en promedio se estima que representa el 82% de las costas totales de un caso (UNCTAD, 2017).

Otras críticas se basan en cuestiones de tipo procedimental, por ejemplo, aunque las partes pueden elegir por mutuo acuerdo someterse a arbitraje y designar los árbitros, es escasa la influencia que tienen sobre el propio procedimiento arbitral. Asimismo, se critica que un tribunal arbitral investigue, decida e intérprete en última instancia. Se ha mencionado también que el procedimiento arbitral debe ser más transparente bien sea por medio de audiencias públicas, publicación de documentos producidos por las partes y el tribunal (Ayala, 2009), o mediante la inclusión de cláusulas que den la posibilidad de participación de un *amicus curiae* (Ayala, 2009; Pérez Pacheco, 2015; Stanley, 2004). Otros autores mencionan que la vaguedad en los acuerdos otorgan una discrecionalidad excesiva en la toma de decisiones a los árbitros, lo que facilita un mayor uso de los procedimientos por parte de los inversionistas y limita el espacio de política de los gobierno receptores (Mortimore & Stanley, 2006).

Desde una visión del arbitraje como función pública se insta a la creación de tribunales semipermanentes de arbitraje de inversiones que brinden más seguridad jurídica para los Estados e inversores, permitan un diálogo de cortes y den lugar a rendición de cuentas de los árbitros que fallan, así como también se menciona la necesidad de incluir cláusulas que definan qué es una inversión y sus alcances (Solórzano Quintero, 2017). Adicionalmente, se ha expresado la necesidad de implementar una doctrina del precedente que de uniformidad al sistema arbitral (Ayala, 2009).

En suma, se ha dicho que el arbitraje puede poner límites al funcionamiento del proceso democrático de los países receptores, pues al establecer una relación simétrica entre el Estado y el inversionista se reduce “el estatus del Estado al de un particular, o se eleva al inversionista extranjero a un estatus de cuasi soberano, pero sin ninguna de las responsabilidades de este” (Mortimore & Stanley, 2006). En ambos casos se niega el concepto de Estado como entidad única con facultades excepcionales a las de los particulares y se socavan los principios del derecho público como la “rendición de cuentas, la apertura y la independencia” (Mortimore & Stanley, 2006).

Los estudios de caso sugieren que debe permitirse mayor participación de actores sociales como ONGs e instancias involucradas en los conflictos (gobiernos de nivel local, provincial o estadual). Asimismo, se insta a modificar el sistema de arbitraje permitiendo el agrupamiento de causas similares para establecer un consenso respecto al concepto de

expropiación y lograr mayor equidad entre las partes firmantes del tratado (Zabalo, 2012). Sobrepassando con esto, por ejemplo, el sesgo anti-regulatorio en las instancias jurídicas que impide al gobierno modificar y/o introducir (nuevas) reglamentaciones debido a la especie de inmunidad contractual que deviene de la preeminencia del inversor (Stanley, 2004).

Por tales razones se han propuesto como alternativas al arbitraje de inversiones la conciliación o la mediación internacional, mecanismos interinstitucionales de alerta en los Estados y el intercambio de información entre entidades públicas para prevenir conflictos con los inversores. Aunque estos mecanismos sean más flexibles, menos costosos, más rápidos y no limiten a las partes al derecho de acudir a otras instancias de resolución de conflictos, lo cierto es que no son vinculantes para las partes y estas suelen carecer de conocimientos y experiencia sobre sus aspectos técnicos. Por otra parte, los Estados como partes no tienen la misma flexibilidad que un particular pues deben ceñirse a las leyes y reglamentos vigentes, asimismo, puede no otorgarse a los funcionarios públicos la autoridad y facultades para acudir a estos mecanismos (UNCTAD, 2010).

Estas necesidades de cambio se manifestaron también en la Comisión de las Inversión, el Foro Mundial de Inversiones (2014) y las mesas redondas sobre de Inversión organizadas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). De hecho, en 2015 la UNCTAD planteó de nuevo cinco vías de reforma de los mecanismos SCIE: promover medios alternativos, adaptar el sistema vigente, limitar el acceso a los inversores a la SCIE, introducir un mecanismo de apelación, crear un tribunal permanente para lo relativo a las inversiones. Para 2019 la UNCTAD ya reconocía una evolución en el régimen internacional de inversiones, que sin duda incluye cambios en los SCIE, sin embargo, como se menciono esta reforma ha sido insuficiente. Razón por la cual, desde la perspectiva de la eficiencia y en aras del desarrollo sostenible, esta organización ha sugerido la implementación de una interpretación u órganos conjuntos de interpretación sobre las disposiciones de los TBI para prevenir contradicciones e incertidumbre en los procedimientos de arbitraje¹². Con el mismo fin, se ha instado a incluir en las reformas de

¹² En 2018 Colombia firmó una declaración interpretativa conjunta a su TBI de 2009. México y Perú, por su parte, han creado órganos conjuntos que tienen el mandato de dictar interpretaciones vinculantes de las disposiciones del tratado. A saber, el TBI entre Perú y Australia en 2018 y el de México, Estados Unidos y Canadá en el mismo año.

estos acuerdos, el uso normas e instrumentos mundiales¹³ -a través de referencias cruzadas- que sirvan de guía interpretativa para los tribunales. A su vez, la adopción de una declaración conjunta que determine los compromisos y las relaciones entre los países en materias de política de inversión y la incorporación de cuestiones sobre sostenibilidad mundial en el marco normativo que regula las inversiones. Por otro lado, también se sugiere una acción multilateral, la cual se considera la mas eficiente para subsanar las incoherencias, las superposiciones y los problemas para el desarrollo que caracterizan los miles de tratados que constituyen el régimen actual de los TBI (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2019a).

Sobre lo discutido hasta ahora, es importante considerar que si bien el arbitraje de inversiones es una herramienta jurídica que requiere de mejoras y modificaciones respecto a su transparencia, es importante resaltar que esta es una institución contemplada dentro del derecho privado que se sostiene en el interés y el acuerdo y voluntad de las partes, por ello, la transparencia respecto a terceros y la democratización -en principio- no son obligaciones que tengan los tribunales de arbitraje o los centros que los administran. Estos factores deben ser considerados por los Estados firmantes antes de aceptar obligaciones que puede afectar los principios del derecho público. Pues bien, aunque es un mecanismo descentralizado del ejercicio del poder público en el ámbito internacional, no se demeritan algunas características del derecho privado, por ejemplo, la confidencialidad. De manera que, los Estados en aras de que sus convenios tengan una mayor legitimidad y transparencia pueden establecer en los TBI que en caso de controversia sus procesos serán públicos, por ejemplo.

Por demás, es de señalar que hacer un símil o buscar que esta institución adopte las mismas características de la administración de justicia ordinaria -por ejemplo, emparejando el arbitraje como una función pública o equiparando a árbitros y jueces- de un lado, desnaturaliza una figura que es en sí un mecanismo *alternativo* de solución de conflictos y -de otro lado- no garantiza que las razones por la cuales el arbitraje es criticado mejoren. De igual modo, se trata de una postura que no tiene en cuenta las razones por las que las partes han migrado a esta herramienta, a saber, la demora y parcialización que caracteriza a la

¹³ Por ejemplo, la Carta de las Naciones unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de las naciones Unidas, las obligaciones sobre los miembros de la Organización Internacional del Trabajo, así como directrices para empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. También se han incluido los objetivos de desarrollo sostenible.

jurisdicción ordinaria en algunos países, la poca celeridad e inflexibilidad de las normas aplicables, la falta de neutralidad de tribunales internos y la inseguridad jurídica a la que se enfrentan los inversores por los posibles cambios normativos que pueden promoverse en los Estados (Solórzano Quintero, 2017). Cabe preguntarse, entonces, qué tan democráticos y transparentes son los procesos judiciales ordinarios y cómo tal paralelo con el arbitraje puede solucionar dichos problemas.

ESTADO DEL ARTE DE LOS TBI EN LATINOAMÉRICA: LOS CASOS DE MÉXICO, COLOMBIA, BOLIVIA, PERÚ Y CHILE

Según los registros del CIADI para 2019 del total de demandas de todos los casos registrados desde 1966 el 23% corresponde Sur América, un 4% a Norte América y un 6% a Centro América y el Caribe. Esto muestra que la distribución geográfica de todos los casos registrados desde 1996 hasta 2019 sitúa a los países latinoamericanos como unos de los que más demandas han recibido después de los países de Europa Central y Asia Central quienes han recibido el 26% (ICSID, 2019).

Menciona Remmer (2019) con base en datos de la UNCTAD que, a mediados del 2015, de las 626 controversias sobre inversiones conocidas a nivel global el 31% correspondían a la región, lo que contrastaba con una participación de 13% en los flujos mundiales de IED durante el periodo de 1980- 2014. Este contexto coexiste con un gran número de acuerdos internacionales de inversión vigentes puesto que para 2015 de 2.562 acuerdos vigentes, el 19.1% involucraban a países latinoamericanos. En cuanto a los resultados del arbitraje, encontró también para el periodo (1987-2014) los inversores habían ganado en mayor porcentaje de disputas que en otras regiones del mundo, de hecho durante este periodo el 29.7% de los casos fueron decididos en favor de Estados Latinoamericanos, mientras que este porcentaje para Estados Unidos, Canadá y Europa fue de 50% y para las demás regiones del 39.4%. En cuanto a los casos decididos a favor de los inversores se encontró que 34.5% de los procesos se ganaron en contra de los países latinoamericanos mientras que para Estados Unidos, Canadá y Europa el porcentaje fue 15%, cabe decir que en las demás regiones fue del 26.1% (Remmer, 2019).

Además, la región se destaca por la magnitud de los daños financieros ocasionados producto de las indemnizaciones otorgadas a los inversionistas extranjeros. Al 30 de junio de 2013, el 60% de las 30 mayores indemnizaciones por daños afectaron a Estados de la región,

incluida la mayor indemnización de la historia del CIADI interpuesta contra Ecuador hasta la fecha, pues en el caso *Occidental Petroleum vs. Ecuador* se trotaron \$1.769 millones de dólares por concepto de daños y perjuicios derivados de la terminación de un contrato de exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 de la región amazónica ecuatoriana sobre el que Occidental Exploration and Production Company tenía derechos junto con PetroEcuador¹⁴ (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2020). Cabe destacar, según el navegador de arreglo de controversias de inversiones de la UNCTAD para el 31 de julio de 2020 de los 10 casos que superan un billón de dólares cuatro corresponden a la países de la región, tres contra Venezuela¹⁵ y el ya citado contra Ecuador.

A continuación, se presenta el número total de demandas que han recibido 17 países de la región. Del total de 259 demandas recibidas a partir de 1996, México se encuentra en el tercer lugar con 33 controversias, Perú en el quinto con 19, Bolivia en el sexto con 17, Colombia en el séptimo con 14 y Chile en el onceavo con 5 respectivamente. Cabe señalar que 69 de estas controversias corresponden al sector primario, 31 al sector secundario y 152 al sector terciario¹⁶ (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2019b).

¹⁴ Para más información revisar el buscador de arreglo de controversias de inversiones de la UNCTAD en el apartado de daños y perjuicios. Revisar: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

¹⁵ Los casos correspondientes son: *Crystallex v. Venezuela (2011)* por 1202.00 mln de USD; *ConocoPhillips v. Venezuela (2007)* por 8366.10 mln USD; *Mobil and others v. Venezuela (2007)* por 1600.00 mln USD.

¹⁶ Según la categorización ofrecida por la UNCTAD en la base de datos en el *sector primario* se encuentran todas las controversias referentes a Agricultura, silvicultura, pesca, minería y canteras. En el *sector secundario* lo referente a la fabricación o *manufacturing*. En el *sector terciario* lo referente a: Suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado; Suministro de agua; actividades de saneamiento, gestión de residuos y remediación; Construcción; Transporte u almacenamiento;;Administración pública y defensa; Seguridad social obligatoria; Comercio al por mayor y al por menor; Reparación de vehículos de motor y motocicletas; Transporte y almacenamiento: Actividades de alojamiento y servicio de comidas; Información y comunicación; Actividades financieras y de seguros; Actividades inmobiliarias; Actividades profesionales, científicas y técnicas; Actividades administrativas y de servicios de apoyo; Arte, entretenimiento y recreación

Total de demandas por Países latinoamericanos

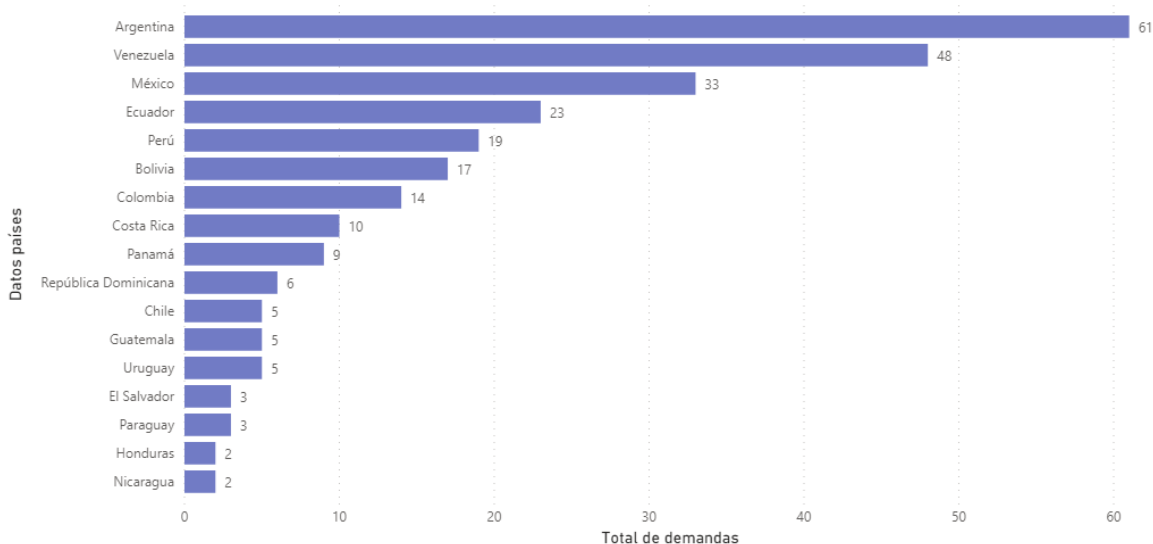


Figura 1. Total de demandantes por países latinoamericanos. Fuente: elaboración propia.

Datos (UNCTAD, 2019)

Ahora bien, de un total de 125 tratados firmados por los países de estudio, México se vinculó a 31 de los cuales dos perdieron vigencia (con Turquía y Kuwait). Colombia suscribió 10 tratados, no obstante, los firmados con Turquía, Singapur, Japón y Francia no entraron en vigencia. Bolivia asumió 20 de estas obligaciones, realizó una enmienda con Perú y terminó el tratado con Estados Unidos en junio de 2012. Chile, por su parte, ha suscrito 52 tratados de los cuales 39 están vigentes. Finalmente, Perú ha firmado 27 tratados y la única enmienda que tiene es la realizada con Bolivia.¹⁷(Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, 2020).

Este panorama da cuenta al menos de dos asuntos, por un lado, la cantidad de acuerdos que efectivamente surten efectos jurídicos es menor a la que se negocian y firman. Esta variación puede obedecer a las limitaciones legales y políticas del ejecutivo, pues como menciona Haftel & Thompson (2013) los resultados de ratificación de los tratados varían sistemáticamente según la capacidad del Ejecutivo para superar tales limitaciones, la transparencia del sistema político y el establecimiento de lazos más estrechos entre los socios de los tratados.¹⁸ Además, el gran número de instrumentos jurídicos adquiridos por parte de

¹⁷ Información tomada del Sistema de información sobre comercio exterior (SICE) de la Organización de los Estados Americanos.

¹⁸ Esta variación puede significar fallas en la política de negociación de los Estados o en la coherencia interna respecto a la Cooperación internacional que los mismos pretenden.

los Estados evidencia la necesidad de la intermediación del derecho para la realización de negocios internacionales en los últimos años. En especial se muestra un uso abundante de los mismos durante los primeros cinco años de la década de los noventa. Esta situación refleja la tesis -abundantemente registrada en la literatura- de Mamamni (2012) del abandono de “las políticas ordenadoras y regulatorias de la inversión extranjera y su sustitución por políticas liberales y casi indiscriminadas” (p.553) para su atracción a finales del siglo XX (Allee & Peinhardt, 2014; Castro Peña, 2017; Elkins et al., 2006; Hallward-Driemeier, 2003; Mortimore & Stanley, 2006; Ortiz, 2006; Romero Amado et al., 2014; Zabalo, 2012).

Sin embargo, como se evidencia en la Figura 2, este apogeo entró en un declive progresivo a partir de 1998 y hasta 2019. Pues bien, mientras que en 1995 se firmaron alrededor de 15 TBI en 2015 este número llegó a cero. Esta tendencia muestra, a *prima facie*, que a la vez que aumenta el número de controversias y demandas en contra de los países, disminuye el número de firmas de acuerdos y consigo el número que entra en vigor. Dicha situación, casa con el argumento de Polsen y Aisbett (2013) y de Remmer (2019) según el cual tras una controversia de inversiones, el entusiasmo en la participación de TBI disminuye significativamente; cuestión que afirman es particularmente fuerte en América Latina.

Número de demandas, Número de tratados firmados y Número de tratados en vigor por Año

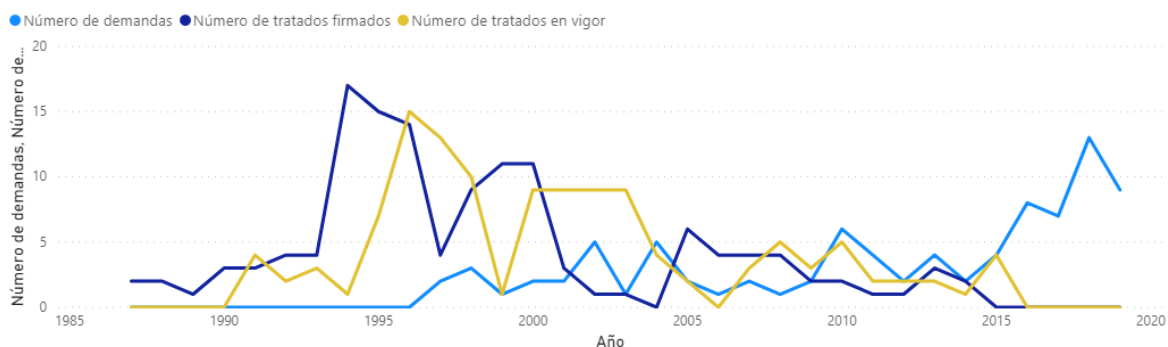


Figura 2. Número de demandas, número de tratados firmados y número de tratados en vigor por año. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

Aunque esta tendencia es general, la Figura 3 da cuenta de que la experiencia de algunos países parece, en principio, no tener un efecto significativo en el comportamiento en el tiempo, de los otros Estados respecto a la formalización de los TBI. Es de destacar, por ejemplo, que Colombia inicia de manera tardía su vinculación a los tratados aún cuando Bolivia había superado el *boom* de los acuerdos, al igual que Chile para los años 2005 y 2006

respectivamente. Es hasta 2005 que Colombia firma su primer TBI con España y sólo en 2007 este surte efectos jurídicos.

Ahora bien, cabe subrayar que Chile y Bolivia son los primeros países que inician las negociaciones y posteriores ratificaciones de los TBI, Bolivia desde 1990 y Chile desde 1991 pero ambos firman todos sus TBI en un periodo de catorce años. El caso de México, es particularmente interesante pues durante ocho años (1996-2004) firma 29 tratados, siendo así el Estado que más compromisos adquiere en menor tiempo. Perú, por su parte, tiene un periodo más largo en el que hace sus negociaciones, a saber, desde 1993 hasta 2010 suscribe 17 tratados. Este panorama colisiona con la tesis propuesta por Elkins, Guzman & Simmons (2006) según la cual los países receptores tienden más a firmar TBI cuando sus competidores lo han hecho, pues se asocia una presión competitiva económica entre los países en desarrollo para capturar la inversión extranjera. Los estudios de caso evidencian que esta presión no es tan clara porque los países no actúan como bloque ya que es hasta 1996 que entran en juego a la vez Perú, México, Chile y Bolivia, y tardíamente Colombia lo hace hasta 2007, más de una década después.

Tratados en vigor de Bolivia, Chile, Colombia, Mexico y Perú por Año

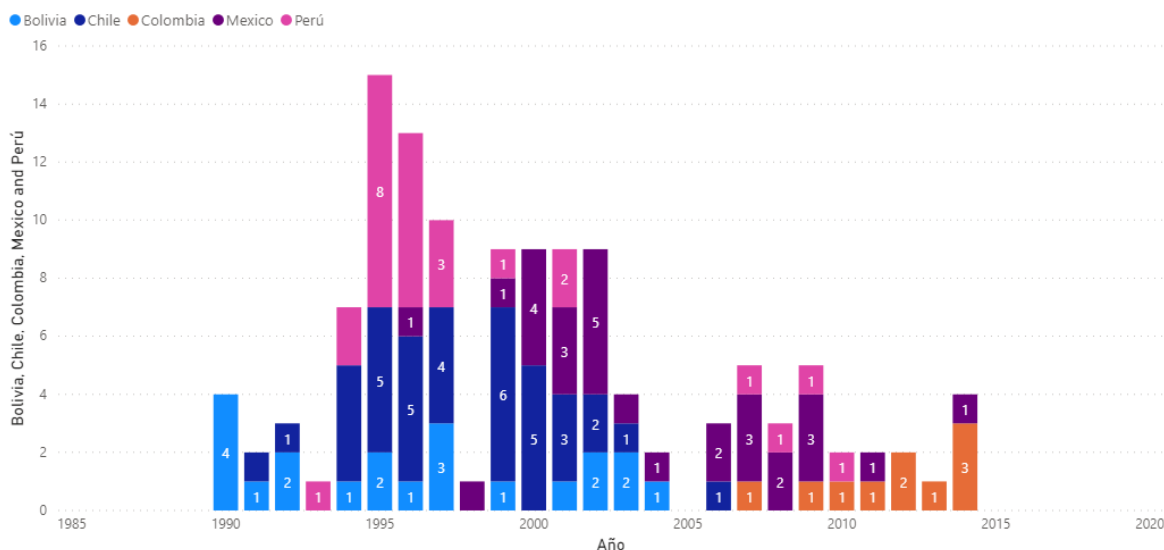


Figura 3. Tratados en vigor de Bolivia, Chile, Colombia, México y Perú por año. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

En cuanto a las demandas recibidas por los países es relevante mencionar que Colombia en un periodo de tres años (2016-2019) recibió 14 demandas; México en veintidós años (1996-2004) recibió 33 demandas; Perú durante diecisiete años (1998-2019) recibió 19

demandas; Bolivia en dieciséis años (2002-2018) recibió 17 demandas; Chile a lo largo de 19 años (1998-2017) recibió cinco demandas. Esto sugiere que en el último lustro Colombia es el país que mayor cantidad de incumplimientos ha presentado, pues exhibe un promedio de 4.6 controversias por año, mientras que Chile -de otro lado- es uno de los países que mayor seguridad jurídica en la inversión presenta pues en casi veinte años solamente ha respondido ante un proceso de arbitraje cinco veces. Lo anterior, puede sugerir una mayor conveniencia para invertir en este país asumiendo que hay menor riesgo de terminar en una controversia o litigio internacional de inversiones.

Total demandas recibidas de Bolivia, Chile, Colombia, México and Perú por Año

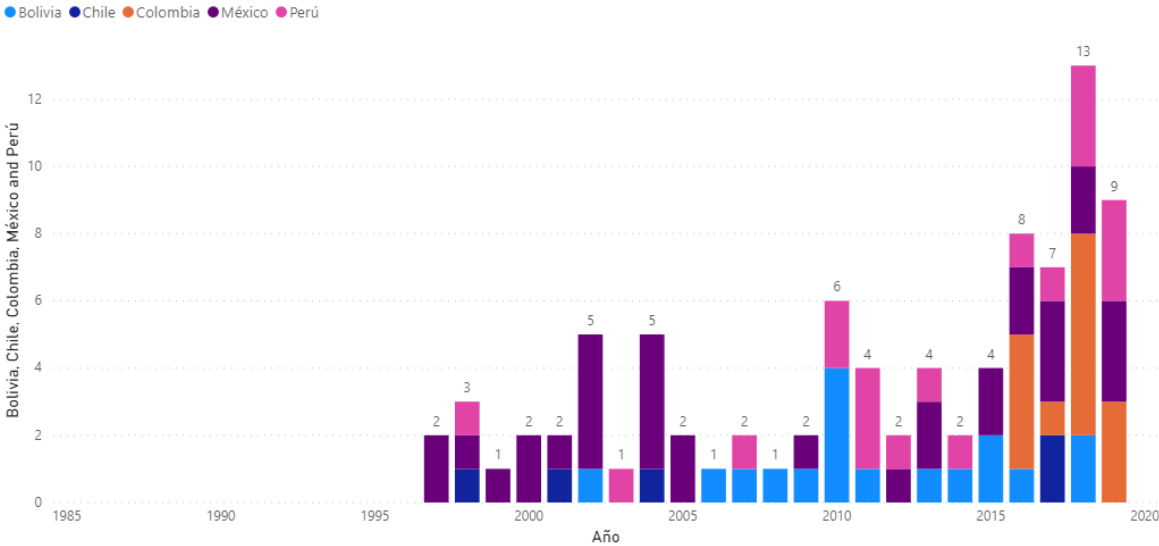


Figura 4. Total de demandas recibidas de Bolivia, Chile, Colombia, México y Perú por año.

Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

De otra parte, la Figura 5 muestra el total de demandas recibidas versus las impulsadas y los acuerdos en vigor de los países estudiados. Como se indica en la gráfica hay una desproporcionalidad respecto a las demandas que impulsan los países en relación con las que reciben. Esto es particularmente importante pues se evidencia en general una infrautilización por parte de los inversores locales del arbitraje como recurso jurídico de solución de controversias. Si bien esto puede obedecer a que hay una menor inversión extranjera proveniente de la región, es destacable la variación en el uso del arbitraje de país a país pues Chile es el país que menos demandas ha recibido y es el que más ha impulsado (cinco y siete respectivamente).

Es de acentuar que no necesariamente un mayor de número de TBI's implica la posibilidad de tener más controversias, muestra de ello es el caso chileno ya que pese a ser el país con mayor número de tratados, ha recibido el menor número de demandas a comparación de los otros casos de estudio.

Total demandas impulsadas, Total demandas recibidas y Número de acuerdos en vigor por País

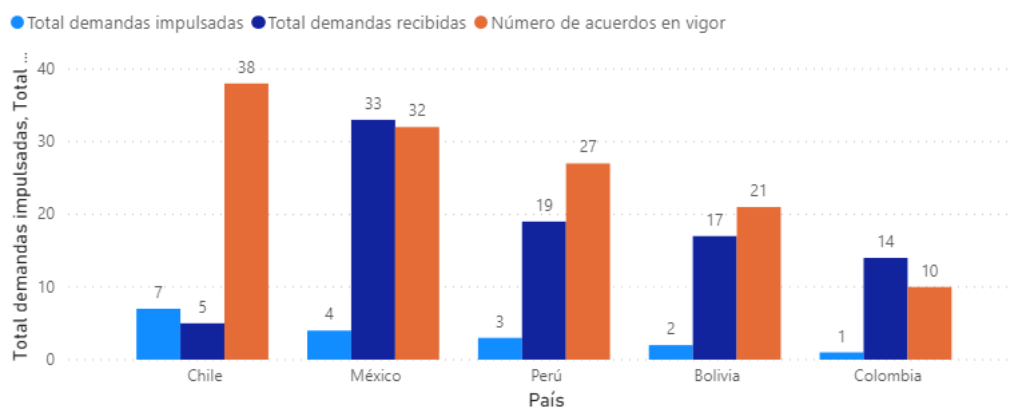


Figura 5. Total de demandas impulsadas, total de demandas recibidas y número de acuerdos en vigor por país. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

Sectores económicos de las controversias

Como se mencionó anteriormente, del total de 252 demandas recibidas por 17 países de la región latinoamericana el 60% corresponden al sector terciario. Así que, aunque tradicionalmente se asocia a los países de la región con la producción y extracción de minero-energéticos – y las disputas más conocidas versan sobre los derechos del uso y del suelo¹⁹(Transnational Institute, 2015)- los datos muestran que la mayor cantidad de conflictos

¹⁹ Por citar algunos ejemplos: el caso *Aguas del Tunari vs Bolivia* (2002) promovido por la empresa estadounidense Betchel y la española Abengoa tras la terminación de la concesión del suministro de agua en Cochabamba por el aumento en las tarifas; *Repsol vs. Argentina* (2012) por la expropiación de las acciones del grupo Repsol en aras de controlar Yacimientos Petrolíferos fiscales; *Conoco Phillips vs. Venezuela* (2007) por la nacionalización de tres proyectos de petróleo ubicados la región del Orinoco sobre los que los inversores tenían interés, caso por el que Venezuela pagó 8.366,1 millones de dólares; *Eco Oro v. Colombia*(2016) cuya disputa se dio por la privación de derechos mineros en el 50% de área de concesión en el Páramo de Santurbán, zona de conservación ambiental; *Renco vs. Perú* (2018) por la imposición de obligaciones ambientales adicionales relacionadas con la operación minera de La Oroya; *Abengoa vs. México* (2009) por el bloqueo de las operaciones de un vertedero de residuos tóxicos en el municipio de Zimapán, Hidalgo, el cual supuestamente estaba instalado a 2km de una reserva natural y menos de 500 mts de la comunidad indígena hñañu. (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2019b)

se dirigen a otras actividades económicas. En cuanto al segundo sector económico, hay que decir que corresponde al 6.82%.

Ahora bien, respecto a las temáticas de las controversias en los países de estudio se encontró que el mayor porcentaje de controversias (20.45%) versan sobre el sector de la minería y canteras, sin embargo, aunque esta temática hace parte del primer sector económico – cuyo porcentaje es de 23,86% del total-, la mayoría de los conflictos se dirigen a actividades económicas ubicadas en el sector terciario que cuenta con el 69,32% de todas las demandas, cuyas descripciones se exponen en el siguiente apartado. De manera que, aunque por número de demandas la temática de explotación minera es en la que mayores conflictos se presentan, si se analiza el sector económico completo son mayores los conflictos que hay la sumatoria de temáticas del sector terciario. A continuación, se presentan los porcentajes según sector:

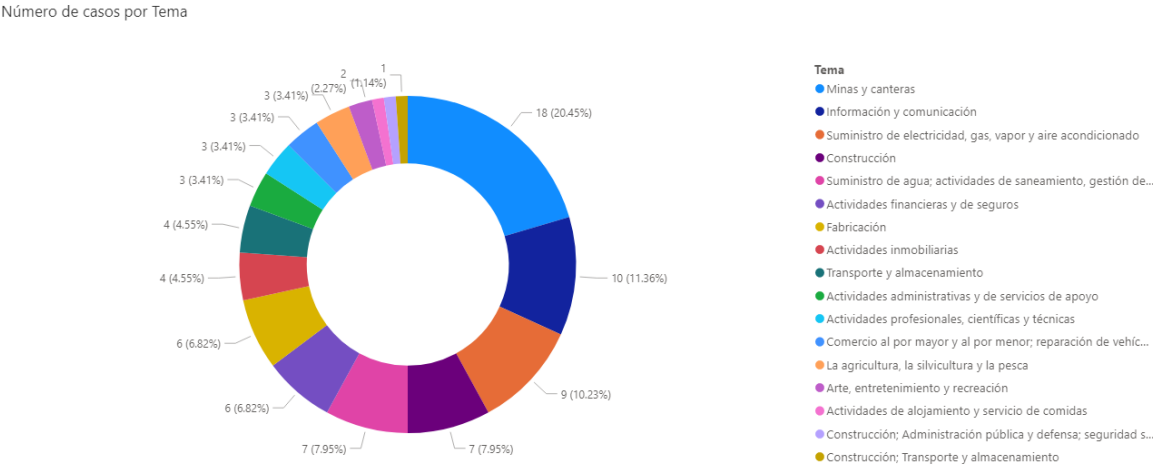


Figura 6. Número de casos por sector, total de demandas recibidas y número de acuerdos en vigor por país.

Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

De un lado, como se muestra en la gráfica es claro que la mayor parte de las controversias aparecen en el sector minero y en el sector de la información y las comunicaciones. Por un lado, las tensiones sobre las empresas de energía y minería han incentivado protestas en Perú (Remmer, 2019) y Bolivia. De hecho, en el año 2004 en este país se votó 84.6% en un referendo a favor de derogar la ley que permitía la inversión extranjera en el sector energético. Sin embargo, la postura de los países ha variado sustancialmente respecto a los TBI en relación con estas controversias. Por un lado,

Colombia, Perú y México mantienen una política liberal instaurada en el marco de un regionalismo abierto (Mamani, 2012), mientras que Bolivia ha tomado acciones tajantes que manifiestan su inconformidad respecto al régimen legal de inversiones, por ejemplo, la renegociación de tratados, la inclusión en la constitución política de 2009 de un artículo que establece que toda inversión extranjera se someterá a la jurisdicción boliviana sin excepción (Art. 320, núm. 2), la denuncia de la convención que establece el CIADI, así como su retiro en 2007.

De otro lado, en el sector terciario el mayor número de controversias se presentan sobre subsector de la información y comunicaciones (10), seguido por suministro de gas, vapor y aire acondicionado (9), Suministro de agua; actividades de saneamiento, gestión de residuos y remediación (7) y Actividades financieras y de seguros (6).

Específicamente, las controversias atinentes al sector terciario responden a las mismas tendencias de los otros sectores de la economía, de manera que no se puede hablar de un tránsito o mayor relevancia en este sector de las inversiones que se manifieste en un aumento en el número de conflictos emergentes. Pese a esto, cabe resaltar que desde 2002 hay un aumento en estas controversias siendo 2018 el año en que más se presentaron con un total de ocho demandas en el sector.

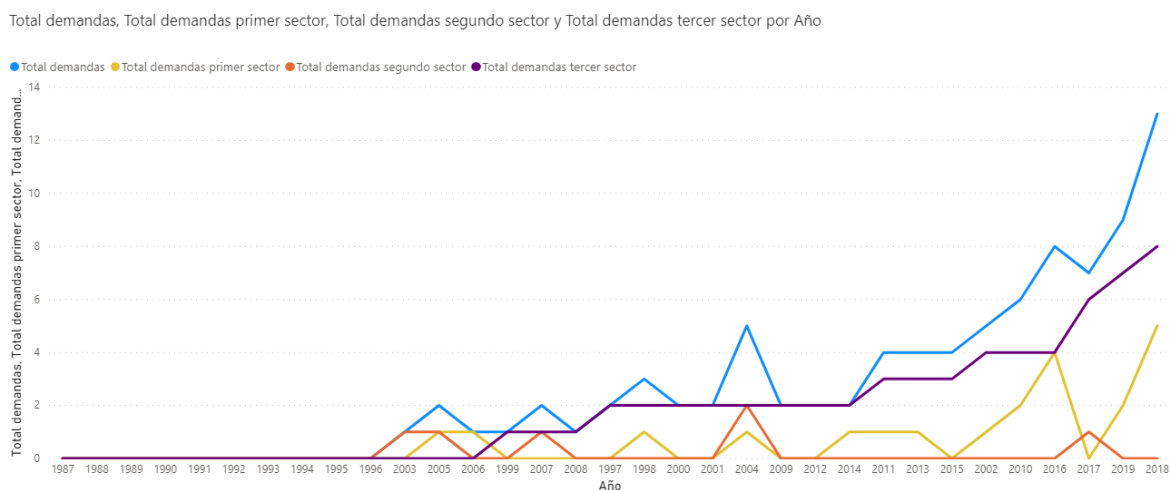


Figura 7. Total de demandas, total de demandas primer, segundo y tercer sector por año. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

Es claro que el sector de servicios tiene una importancia casi absoluta sobre las controversias en relación con el resto de los sectores económicos. México particularmente es el país que

más disputas ha tenido en la materia, seguido por Perú y Bolivia.²⁰

Demandas de Bolivia, Chile, Mexico, Peru y Colombia por Sector económico

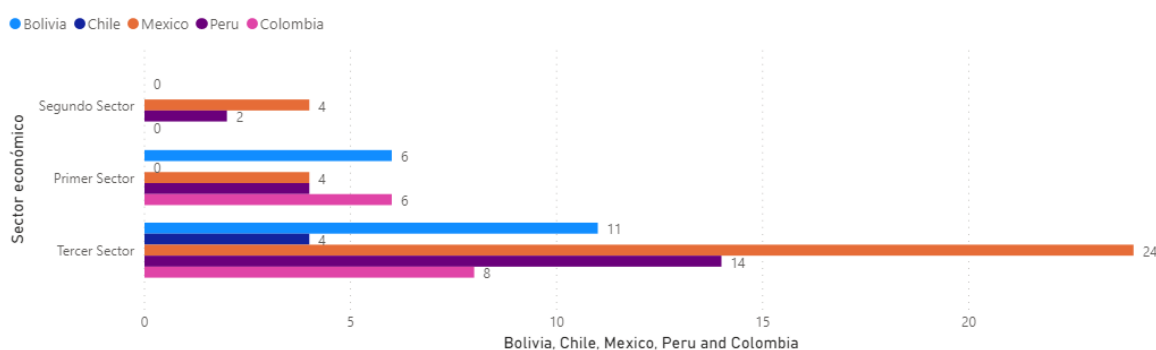


Figura 8. Demandas de Bolivia, Chile, México, Perú y Bolivia por sector económico. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

DEMANDAS SECTOR TERCIARIO: INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES

La Tabla 1 muestra la descripción general de las demandas que han recibido los casos de estudio en el subsector económico de la información y las comunicaciones. De la información presentada es de destacar que en el caso boliviano el 58% de las demandas que recibió Bolivia durante el periodo analizado se relacionan con reclamaciones derivadas de procesos de nacionalización de las empresas o sectores económicos en las que operan (Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, 2019b). Estas controversias se dan en el marco de la estrategia de desarrollo que tiene que ver con un medicinamiento ideológico tras la llegada de Evo Morales y – como se mostró- la incorporación de una la Constitución de 2009 de un corte más proteccionista. Esto no sólo se evidencia en las controversias por los procesos de nacionalización sino también se manifestó en la decisión de terminación y renegociación de TBI's como por ejemplo, la renegociación del Acuerdo de Complementación Económica (ACE con México) en el que se excluyó el ámbito de las inversiones (Mamani Prieto, 2013).

En cuanto a Chile, dos de las cinco demandas que recibió tienen que ver con el caso *Pey Casado and Allende Foundation v. Chile (1998)*. Este es uno de los más emblemáticos

²⁰ Esta información puede sugerir que los países ofrecen más garantías en los otros sectores de la economía, sin embargo, para tal relación es importante evaluar cuáles han sido los flujos de IED que efectivamente han ingresado a los países.

pues su resolución se dio hasta 2016. Sin embargo, como se expone en la Tabla 1 en 2017 se vuelve a iniciar un proceso en contra de Chile, no obstante, este segundo proceso se inicia en la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) con reglas de la UNCITRAL, a diferencia del primero iniciado en 1998 que se hizo ante el CIADI con sus respectivas reglas arbitrales. Es de anotar, que para el caso llevado ante el CIADI, entre las estimaciones que tuvo el tribunal en 2016 se encuentra que no se otorgó ningún tipo de compensación económica porque se consideró que la indemnización concedida en 2008 -anulada parcialmente en 2012- se basó en los daños frutos de la expropiación, asimismo consideró el tribunal que no se probó la existencia de ningún otro perjuicio a causa de la violación del artículo 4 del TBI Chile-España diferente a lo ya establecido por el primer tribunal. Finalmente, se destaca que para el tribunal no procedía indemnización por daño moral porque -parafraseando -el reconocimiento formal de que los demandantes fueron víctimas de denegación de justicia “*constituyen por sí mismas una forma de satisfacción en virtud del derecho internacional por la violación por parte de la Demandada del Artículo 4 del TBI*” (Duarte, 2016).

Del caso colombiano en el proceso *América Móvil v. Colombia* (2016) es destacable que parte de las medidas impugnadas incluyen la injerencia de la Corte Constitucional colombiana, pues esta corporación ordenó la reversión de algunos de los activos de comunicaciones de la empresa al control estatal al vencimiento de la concesión, cuestión que validó la negativa del gobierno a reconocer los derechos de propiedad de Comcel sobre los bienes. La intervención de la Corte Constitucional es particularmente relevante en el caso colombiano, pues aunque en el caso no fue directa al proceso de arbitraje, en este país el régimen de inversión extranjera no se entiende como un mero mecanismo SCIE sino se ve como un “mecanismo descentralizado de ejercicio de poder público internacional cuya consecuencia práctica es la limitación del poder regulatorio del Estado, es necesario llevar a cabo un análisis de constitucionalidad más profundo” (Urueña & Prada-Uribe, 2019). De ahí que el tribunal pueda intervenir no solo en el control abstracto y previo a los TBI, sino ante la jurisdicción concurrente, en el control de los laudos arbitrales y en el control de implementación de los mismos.

Sobre Perú es claro que no hay información clara sobre el conflicto, sin embargo, se tiene conocimiento de que Panamericana Televisión ya había estado inmersa en una disputa relacionada con deudas tributarias en 2014, conflicto que resultó a su favor y por el cual la

empresa dejó de pagar 105 millones de soles (CIAR, 2019). Asimismo, en los casos mexicanos se carece de información, no obstante, de la experiencia de este país es importante resaltar que a pesar de ser el país que más demandas tiene (33), la gran mayoría son provenientes de Estados Unidos, su principal socio comercial en vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1992 (TLCAN). Esta situación refleja no solamente la estrecha relación comercial que tienen ambos Estados sino muestra que las inversiones provenientes de Estados Unidos tienen mayor riesgo de enfrentarse a un litigio internacional en este país. A continuación, se presenta el número de demandas según el inversor:

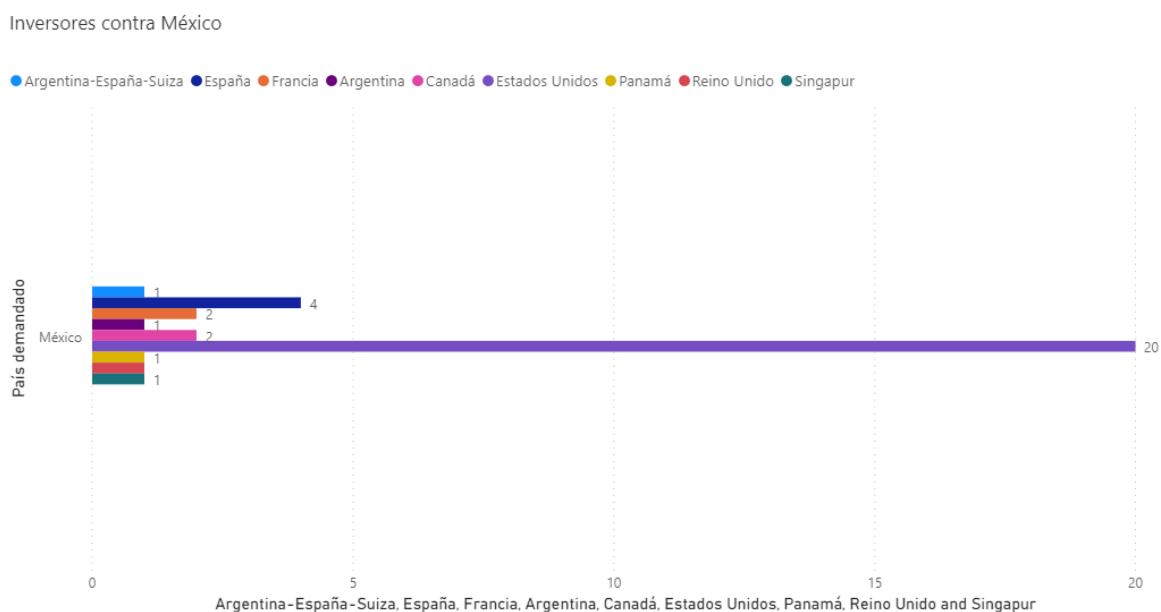


Figura 9. Inversores contra México. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

Tabla 1

Descripción de demandas sector terciario: información y comunicaciones

AÑO	CASO	TBI	MOTIVOS DE LA DEMANDA	MONTO RECLAMADO	MONTO OTORGADO	ESTATUS
1998	Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile (Caso CIADI No. ARB / 98/2)	Chile - Spain BIT (1991)	Reclamaciones por de la confiscación y eventual expropiación en la década de 1970 del diario El Clarín, del cual Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende reclamaron propiedad. Este caso estuvo sujeto a: Revisión judicial por tribunales nacionales; Procedimiento de anulación del CIADI; Procedimientos de nueva presentación ante el CIADI .	515.00 USD	10.00 USD	Decidido a favor del inversor
2007	E.T.I. Euro Telecom Internacional N.V. contra el Estado Plurinacional de Bolivia (I) (Caso CIADI No. ARB / 07/28)	Bolivia, Estado Plurinacional de - Países Bajos TBI (1992)	Reclamaciones por transferencia de la empresa boliviana de telecomunicaciones <i>Entel</i> al Estado, después de la transferencia por parte del gobierno de la participación del 50% del reclamante en el proceso de nacionalización dado en el año 2007.	961.60 USD	50.00 USD	Arreglado por las partes
2009	E.T.I. Euro Telecom Internacional N.V. v. República de Bolivia (II)	Bolivia, Estado Plurinacional de - Países Bajos TBI (1992)	Reclamaciones por transferencia de la empresa boliviana de telecomunicaciones <i>Entel</i> al Estado, después de la transferencia por parte del gobierno de la participación del 50% del reclamante en el proceso de nacionalización dado en el año 2007.	961.60 USD	50.00 USD	Arreglado por las partes
2012	Telefónica S.A. c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF) / 12/4)	TBI México - España (2006)	Reclamación por las medidas tomadas por la Comisión <i>Federal de Telecomunicaciones (COFETEL)</i> para resolver desacuerdos entre operadores de telecomunicaciones del país, estas consistían en exigir a todos los operadores de telecomunicaciones que redujeran sus tarifas de interconexión	1060.00 USD	No disponible	Arreglado por las partes
2016	América Móvil S.A.B. de C.V. contra la República de Colombia (Caso CIADI No. ARB (AF) / 16/5)	TLC Colombia-México-Venezuela	Reclamaciones dadas porque supuestamente Comcel, la filial colombiana del inversor mexicano, no pudo utilizar y vender libremente sus activos de telecomunicaciones inalámbricas después de la terminación de sus contratos de concesión. La negativa del gobierno a reconocer los derechos de propiedad de Comcel sobre los bienes se fundamentó en la orden dada por la Corte Constitucional de reversión de activos al control estatal al vencimiento de la concesión.	1020.00 USD	No disponible	Pendiente
2016	Joshua Dean Nelson c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. UNCT / 17/1)	NAFTA (1992)	Reclamación derivada de una controversia entre Tele Fácil y Telmex sobre un acuerdo de interconexión. Supuestamente IFT no hizo cumplir una resolución a favor de Telefácil y posteriormente tomó decisiones que resolvieron la desavenencia en perjuicio del demandante, lo que resultó en que Telefácil se volviera una compañía inviable comercialmente . También se alega que los tribunales mexicanos no abordaron la mala conducta del regulador federal y su actuación desproporcionada.	500.00 USD	No disponible	Pendiente
2017	Víctor Pey Casado, Coral Pey Grebe y Fundación Presidente Allende c. República de Chile (Caso CPA No. 2017-30)	Chile - Spain BIT (1991)	Reclamaciones derivadas de la actuación del Estado a raíz de una sentencia de 2008 del Juzgado de Santiago en relación con la confiscación de la imprenta Goss, así como la supuesta falta de reparación por la privación de los derechos de propiedad de los demandantes en el diario chileno El Clarín.	338.30 USD	No disponible	Pendiente
2017	Eutelsat S.A. c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF) / 17/2)	TBI Francia - México (1998)	Reclamaciones que surgen de un requisito reglamentario de reservar una cierta cantidad de megahercios de la capacidad total de las empresas de satélites para uso del gobierno. El reclamante alega que se ha exigido a Satmex que proporcione al Estado una cantidad mayor de megahercios que sus competidores.	No disponible	No disponible	Pendiente
2018	Telefónica, S.A. c. República de Colombia (Caso CIADI No. ARB / 18/3)	TBI Colombia - España (2005)	Reclamación respecto de la disposición gubernamental que determinaba que ciertos activos de la subsidiaria local Coltel debieran devolverse al Estado una vez expirados los contratos de concesión de telefonía móvil, asimismo demandó la devolución de 1.6 billones de pesos que la empresa había pagado tras perder un proceso que inició el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones en su contra por cuenta de reversión de activos.	394.00 USD	No disponible	Pendiente
2019	Panamericana Televisión S.A. y otros contra la República del Perú (PCA Case No. 2019-26)	TBI Perú - Suiza (1991)	Versa sobre actividades de programación y difusión, sin embargo, carece de información específica	460.00	No disponible	Pendiente

Fuente: UNCTAD (2020)

ESTADO DE LAS DEMANDAS, COSTOS Y CENTROS DE ARBITRAJE

De las ochenta y ocho demandas presentadas a los países de estudio 16 fueron resueltas a favor del inversor, 14 a favor del Estado, 13 tuvieron un acuerdo entre las partes, cuatro fueron discontinuadas por razones desconocidas y 41 están pendientes. Aquellos casos en los que hubo un acuerdo se negociaron entre las partes un valor para desestimar la demanda antes del fallo del tribunal de arbitramento. Sin tener en cuenta los procesos en curso cuya decisión está pendiente, en general, hay un mayor porcentaje de laudos que se emiten a favor de los inversores (18.18%) en cambio los procesos fallados a favor de los Estados son de (15.91%). Por lo que concierne a los procesos arreglados por las partes, el porcentaje es 14.5%. Con esto en mente, sin tener en cuenta los procesos en curso, aproximadamente el 34% de las controversias efectivamente terminan en un litigio, no obstante, como se mostrará más adelante estos datos varían caso a caso.

Una de las críticas al arbitraje internacional de inversiones es la falta de transparencia y consigo la vulneración a múltiples principios de la administración pública como lo es la rendición de cuentas. Es claro que de los 41 casos que aún se encuentran pendientes en contra de los estudios de caso, no hay conocimiento de los valores que efectivamente han de pagar los Estados. No obstante, de los 14 casos a favor de los Estados no hay información sobre el monto que se causó. Esto es particularmente importante ya que se tienen reclamos desde los 19.2 millones de dólares - caso *Azinian (USA) v. México*- hasta 41.000 millones de dólares – caso *Levy and Gremcitel (Francia) v. Perú*. El monto reclamado a Perú es el mas alto reclamado de las demandas estudiadas, y de hecho cobra importancia porque existen casos en que sí se han dado cantidades similares. Por ejemplo, en 2005 en el caso *Hulley Enterprises v. Russia* se otorgaron 40.000 millones de dólares a favor del inversor. En todo caso, podría ser este proceso uno de los más costosos para la región hasta ahora, pues, aunque según los datos de la UNCTAD hasta el 31 de julio de 2020 el mayor monto reclamado a un país latinoamericano fue de 30.305 millones de dólares -a Venezuela- de los cuales fueron otorgados solamente 8.366. Ahora bien, aunque esto varía caso a caso, la magnitud de las repercusiones que los montos solicitados pueden tener sobre la hacienda pública de los países resalta la importancia de que esta información sea pública.

Las indemnizaciones decretadas por los tribunales a favor de los inversores suman en total 372.92 millones de dólares, sin embargo, fueron 2.536,2 millones los que se reclamaron.

De hecho, esta situación se replica en todos los procesos pues es menor el monto que efectivamente se da en relación con el solicitado, aún si es a favor del Estado o si la disputa se arregla por las partes. Por ejemplo, en el caso *Bear Creek Mining (canadiense) v. Perú* derivado del cierre total de la concesión minera Santa Ana tras la promulgación del Decreto Supremo 032 por parte del Gobierno peruano, se solicitaron 522.2 millones de dólares y solo fueron otorgados 18.2 por parte del tribunal. Asimismo, en el caso *MTD (Malasia) v. Chile* en el que el Gobierno chileno negó la modificación de una zona presuntamente necesaria para la ejecución de un proyecto residencial, se solicitaron 20 millones de dólares y solo fueron otorgados 5.8 respectivamente.

Ahora bien, en los casos a los que se llegó un acuerdo hay cuatro en los que el monto acordado es confidencial y tres de ellos -*Isolux (España) v. Perú*, *Compagnie Minière (Francia) v. Perú* y *Aguas del Tunari (Países bajos) v. Bolivia* - no tienen registros sobre el valor de la indemnización solicitado. Únicamente el caso de *Telefónica (España) v. México* tiene registro de haber sido solicitado 1060 millones de dólares.

Es de anotar que en todos los casos había múltiples intereses y derechos en disputa que afectaban no solo servicios públicos sino también el derecho sobre el uso y explotación del suelo, por lo que tienen efectos comunitarios. En el caso de Bolivia, estas reclamaciones versaban sobre un contrato de suministro de agua en la ciudad de Cochabamba.²¹ En el caso de Perú se referían a un proyecto de construcción y operación de una mina de oro en el altiplano norte peruano y la licitación para la construcción de una línea de transmisión eléctrica. Y, en el caso de México atañían sobre la modificación en las tarifas de interconexión de los operadores de telecomunicaciones. Puesto así, la brecha de información que se presenta efectivamente pone en cuestión la transparencia de los procesos arbitrales, pues directamente se ocultan las consideraciones económicas de los procesos, aún cuando estos tratan sobre cuestiones de interés públicos. Además, los dineros con los que indemnizan los Estados son públicos y la confidencialidad de estos asuntos limita cualquier tipo de rendición de cuentas. En cuanto a las demás reclamaciones que llegaron a un arreglo las indemnizaciones reclamadas suman en total 4.122,6 millones de dólares, sin embargo, solo fueron dados en total 707.59 millones de dólares.

²¹ Esta demanda fue emblemática al darse en el contexto de la Guerra del Agua de 2002.

Del caso que en efecto más se ha pagado es *Pan American v. Bolivia* en 2010 en el que los inversores estadounidenses por medio de un arreglo recibieron 357 millones de dólares de los 1500 solicitados. Este caso se dio debido a la nacionalización de la Compañía petrolera Chaco en la que Pan América tenía una participación del 50%. Por otra parte, la menor indemnización se dio en el caso *-Tza Yap Shum (China) v. Perú (2007)-* donde se reclamaron 25.8 millones de dólares, pero solo se otorgaron 0.78 respectivamente.

Este panorama muestra que las controversias ante los tribunales de arbitramento son cuantiosas, sin embargo, es importante analizarlas a la luz de la IED que efectivamente ingresa, para así establecer una relación costo-beneficio más clara sobre la conveniencia de ingresar a estos acuerdos. Si bien según la literatura no hay una relación directa entre los TBI y la IED, lo cierto es que estos procesos efectivamente se dan por inversiones, de manera que es pertinente revisar la cuantía de las pérdidas en relación con el dinero que reciben los sectores económicos para así entender cuáles son los riesgos a los que se enfrentan las economías de los países. Adicionalmente, coincidimos con Remmer (2019) con respecto a que no es cierto que los inversores siempre se beneficien al recurrir al arbitraje, pues de hecho las indemnizaciones son siempre menores a sus reclamos y el porcentaje de victorias que tienen es semejante al de los Estados. Sin embargo, una vez iniciado el proceso es poco probable que abandonen sus reclamaciones excepto ante un acuerdo de conciliación favorable. Cuestión que se evidencia en el porcentaje similar entre los procesos arreglados y los que son fallados a favor o en contra de estos, a saber, aproximadamente 15% es conciliado y 18% ganado por estos.

Por otro lado, las Figura 10 y 11 muestran que la mayoría de los casos se llevan ante el CIADI una de las cinco organizaciones del grupo del Banco Mundial. Asimismo, la mayoría de las reglas arbitrales son las provenientes de dicha institución. La segunda institución más utilizada es la Corte Permanente de Arbitraje, en inglés Permanent Court of Arbitration (PCA). La única institución administradora diferente ha sido el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, donde se resolvió el caso - AEI v. Bolivia- entre la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo y este país en 2008. Asimismo, se destaca el significativo uso de las reglas de la UNCITRAL. Cabe decir que tras la denuncia por parte de Bolivia al CIADI el 2 de mayo de 2007, por considerar que sus fallos son parciales, este

país optó por utilizar en mayor medida la PCA, siendo 47% de las demandas que ha recibido revisadas por esta institución.

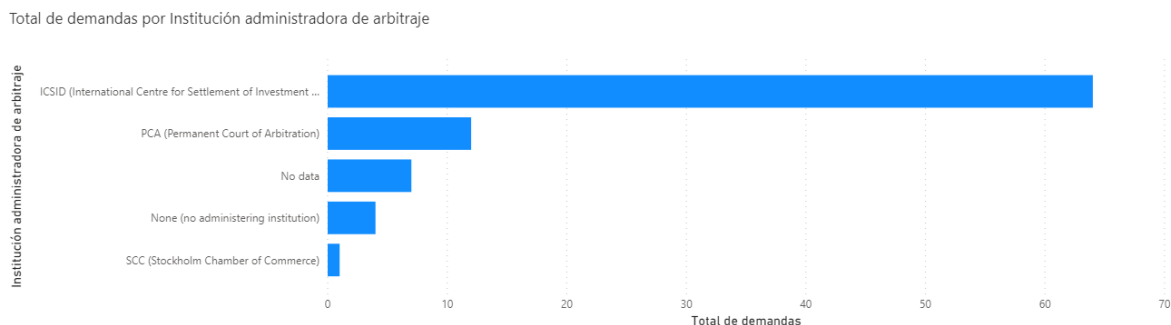


Figura 10. Total, de demandas por centro administrador de arbitraje internacional. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

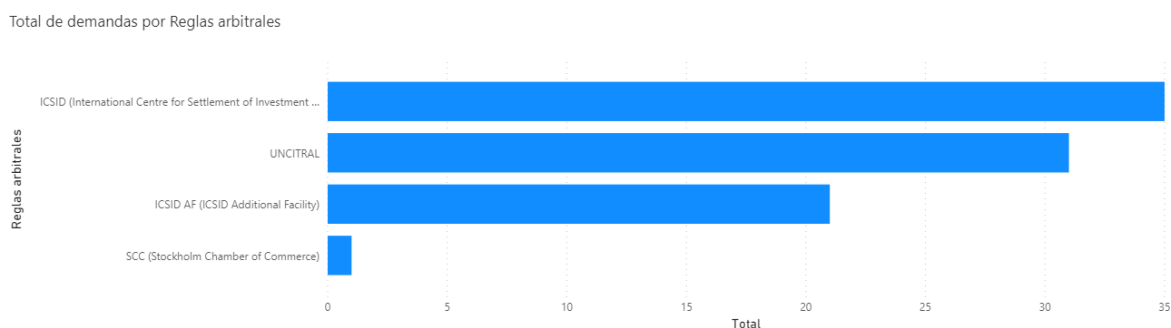


Figura 11. Total de demandas por reglas arbitrales. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

CONTROVERSIAS IMPULSADAS POR INVERSORES DE LOS PAÍSES DE ESTUDIO

En cuanto a las demandas que son impulsadas desde los países estudiados, se encontró que Argentina- el país que más demandas ha recibido en la región- tiene cuatro procesos iniciados por inversores chilenos. España ha sido el más demandado por México (tres disputas) mientras que Perú, Estados Unidos, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay y Perú han sido llamados solo una vez para la solución de controversias. Este panorama sugiere que desde los países latinoamericanos se demandan en mayor medida países de la misma región, pues tan solo el caso mexicano abre procesos en contra de países ajenos a la región. Lo anterior demuestra que las negociaciones de TBI no son solo un asunto de relaciones Norte-Sur, sino que entre la misma región y entre otros países localizados en el

sur global, los países establecen estos acuerdos y tienen disputas, ya que de hecho se presentan mayoritariamente entre ellos.²²

La Figura 12 muestra tal tendencia y da cuenta del ínfimo uso de estos recursos por parte de Bolivia y Colombia. En el caso boliviano esto puede responder a la política reaccionaria a los TBI, mientras que en el caso colombiano puede obedecer a que las controversias internacionales en este ámbito son relativamente recientes. Por otro lado, Chile demuestra ser el país que más controversias ha utilizado, cuestión que puede relacionarse con una economía abierta al libre comercio -evidenciada en la cantidad de acuerdos adoptados por el país - y el número de demandas que ha recibido. De modo que, a diferencia de los otros países, el caso chileno permite inferir una mayor familiaridad con el derecho comercial internacional y sus mecanismos de resolución de conflictos.

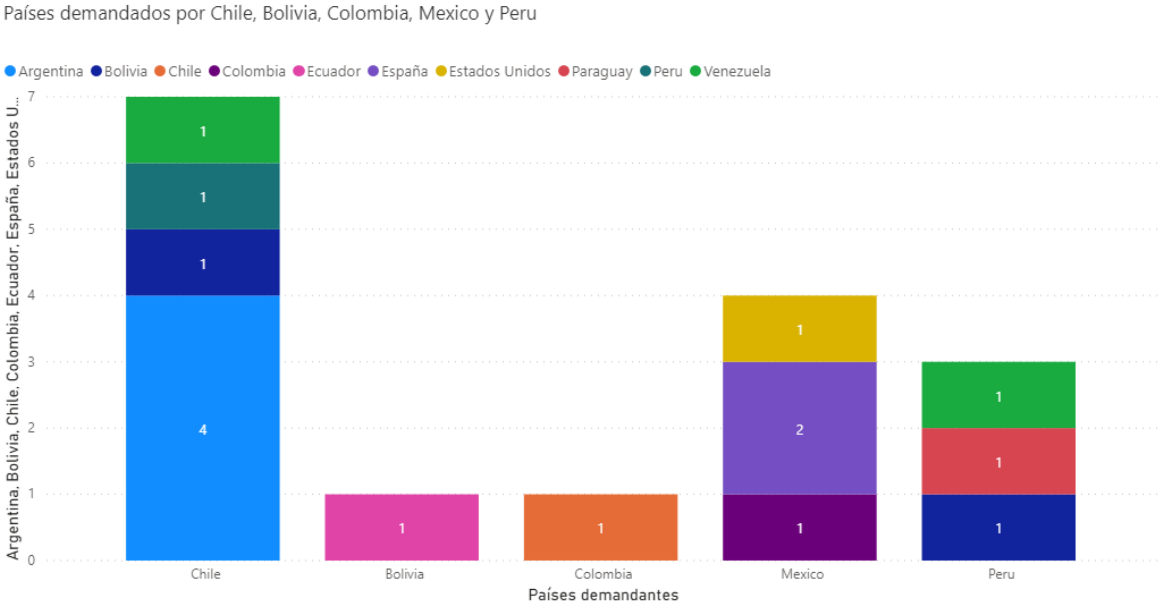


Figura 12. Países demandados por Chile, Bolivia, Colombia, México y Perú. Fuente: elaboración propia. Datos (UNCTAD, 2019)

CONCLUSIONES

Para los años noventa, con la promesa de que habría mayor inversión, se impulsaron una serie de reformas en búsqueda de mejorar los niveles de seguridad jurídica para los

²² Es importante explorar en otro estudio las razones por las cuales hay menos procesos iniciados por los países de estudio. Bien puede darse por falta de conflictos, menor inversión o poca familiaridad con los procesos de arbitraje.

negocios en los países en desarrollo. Con ese propósito los países latinoamericanos utilizaron instrumentos jurídicos como los TBI, los cuales, muestran los hallazgos que son más los negociados y firmados que los que efectivamente surten efectos jurídicos. Ahora bien, del apogeo en la época de las negociaciones y también la posterior aparición e incremento en los procesos de responsabilidad ante tribunales internacionales de arbitramento, cuyo propósito principal es resolver las controversias emergentes debido al incumplimiento de lo pactado entre inversores y Estados.

En este contexto México, Colombia, Chile, Perú y Bolivia recibieron más de ochenta demandas, las cuales principalmente surgen por disputas enfocadas en el tercer sector de la economía. Este número de controversias ha aumentado prolongadamente a la par que han disminuido el número de acuerdos que firman y ratifican los países. Específicamente, las demandas que han recibido estos países siguen el curso de las tendencias de la región, puesto que, si bien son preponderantes los conflictos en el sector minero energético, si se evalúa la totalidad de controversias hay un mayor nivel de procesos referentes al sector de servicios (tercer sector). Es importante, por lo tanto, explorar en futuros trabajos la relación que tiene el tipo de inversiones según el sector económico para así entender cuáles son los potenciales riesgos que implican que sea el sector terciario en el que más disputas se den.

Por otro lado, se evidencia que los TBI como todas las normas jurídicas o leyes implican altos costos económicos y políticos. Y aunque es discutible que el sistema de arbitraje internacional deba seguir las lógicas de los procesos de la jurisdicción ordinaria, por la implicación de los fallos y los derechos e intereses que se disputan en estos procesos, es necesario que haya una mayor transparencia respecto a los arreglos a los que llegan los inversores y los Estados, al menos en términos de los gastos patrimoniales.

Además, se demostró que la experiencia de los países de la misma región no influye en el comportamiento de los otros países en el tiempo -no hay efecto dominó-, pues el tipo de controversias, así como el afianzamiento con los TBI reflejan unas tendencias propias en cada caso. Esto es especialmente importante, teniendo en cuenta que la mayoría de los estudios analizan a Latinoamérica como bloque, desconociendo sus particularidades. Al respecto, hay evidencia de que Chile es el país en el que hay menos riesgo de que un conflicto Inversor-Estado termine en un litigio internacional, mientras que Colombia muestra una mayor inseguridad en los últimos cinco años. El caso mexicano pese a ser el que más

demandas ha recibido requiere de mayor análisis puesto que a diferencia de los demás casos la mayoría de los conflictos recae en un solo país: Estados Unidos. Por su parte, Bolivia, presenta un comportamiento reaccionario a los TBI y los procesos arbitrales. Finalmente, el caso de Perú muestra la tendencia generalizada de disminución en la adscripción de TBI's conforme al aumento en las demandas, pero sobresale por la falta de transparencia en los casos arreglados con inversores respecto a las indemnizaciones atinentes.

Con todo, lo cierto es que el sistema arbitral es un sector económico y jurídico en boga y que los países de la región deben adaptarse y asumir sus compromisos adquiridos. Es importante, no obstante, profundizar en el estudio de las razones que explican la variación en el número de demandas que reciben e impulsan los países latinoamericanos. Analizar esto no solo a partir de casos, sino también a la luz de los sectores económicos, permite entender los riesgos a los que se enfrentan inversores y Estados, así como puede ayudar a construir argumentos y orientaciones respecto a la mejora del sistema de inversiones y su conveniencia.

Referencias

- Allee, T., & Peinhardt, C. (2014). Evaluating three explanations for the design of bilateral investment treaties. *World Politics*, 66(1), 47–87.
<https://doi.org/10.1017/S0043887113000324>
- Arsen, P. B. R. (2003). Su significado y efectos. In *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos* (pp. 1–43). Editorial Astrea.
- Ayala, Y. S. (2009). Restoring the Balance in Bilateral Investment Treaties Incorporating Human Rights Clauses. *Revista de Derecho*, unknown(32), 139–161.
- Barragán, D., Orozco, C., Asesor, J., Jalil, M., & Clave, P. (2015). *Efecto de los tratados de libre comercio, acuerdos comerciales y tratados bilaterales de inversión sobre los flujos de inversión extranjera directa: Un análisis para América Latina entre 2001-2014*. 30.
[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8361/JimenaAlejandra_DavilaBarragan_Camilo_OrozcoJar](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8361/JimenaAlejandra_DavilaBarragan_Camilo_OrozcoJaramillo_2015.pdf?sequence=2&isAllowed=y%0Ahttps://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8361/JimenaAlejandra_DavilaBarragan_Camilo_OrozcoJar)
- Bas Vilizzio, M. (2015). Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis*, 3(5), 233–253.
<https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>
- Cantillo Linares, A. (1995). TRATAMIENTO, PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES EN EL DERECHO ECONÓMICO COLOMBIANO POR: Alejandro Linares Cantillo. *Revista de Derecho Privado. Universidad de Los Andes*, 17.
https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=304%3Atratamiento-proteccion-y-garantia-de-las-inversiones-internacionales-en-el-derecho-economico-colombiano&catid=32%3A17&Itemid=87&lang=es
- Castrillon Velasco, C. (2017). Protección a la inversión extranjera : La historia que empieza a ser contada en Colombia Foreign Direct Investment Protection : Colombia ' s Experience Begins to Be Written Proteção ao investimento estrangeiro : A história que começa a ser contada na Colô. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 76(Llm), 299–323.
- Castro Peña, M. N. (2017). El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversion.

- Revista Derecho Del Estado*, 38, 23–66. <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, U. (2010). Controversias Entre Inversores Y Estados : Prevención Y Alternativas. *Colección de Publicaciones de La UNCTAD Sobre Las Políticas Internacionales de Inversión Para El Desarrollo*, 1–112.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, U. (2015). *Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión*. 51087, 1–10. https://unctad.org/system/files/official-document/ciiem4d2_es.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, U. (2019a). *Evolución reciente del régimen internacional de inversiones: balance de las medidas de reforma de la fase 2* (Vol. 14947).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, U. (2019b). *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2019 (excel format)*.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Desarrollo, U. (2020). *No Title*. Investment Dispute Settlement Navigator. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
- Duarte, N. (2016). *El fin del arbitraje de inversión de más larga duración: Víctor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” vs. República de Chile*. Blog de Los Negocios. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho.
- Elkins, Z., Guzman, A. T., & Simmons, B. A. (2006). Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000. *International Organization*, 60(4), 811–846. <https://doi.org/10.1017/S0020818306060279>
- García-Amado, L. R., & Kucharz, T. (2013). *Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal*. Observatorio Multinacionales En América Latina. <https://omal.info/spip.php?article6148#:~:text=Un tratado bilateral de inversiones,la legislación del país correspondiente.&text=Por desgracia%2C hay muchos ejemplos de la efectividad de estos tratados>
- Granato, L., & Nahuel Oddone, C. (2007). La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión. *Tendencias*, 8(2), 43–66.
- Hallward-Driemeier, M. (2003). Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite. *World Bank Policy Research Working*

Paper, 3121. <https://doi.org/10.1596/1813-9450-3121>

- Henao, M. C. (2019, August 27). TBI , ruptura y recomposición del orden constitucional. *Ambito Jurídico*, 1–3. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/relaciones-exteriores-e-internacional/tbi-ruptura-y-recomposicion-del-orden>
- Higginbottom, A. (2013). The political economy of foreign investment in latin america; Dependency revisited. *Latin American Perspectives*, 40(3), 184–206. <https://doi.org/10.1177/0094582X13479304>
- ICSID. (2019). the Icsid Caseload — Statistics Issue 2019-2. *International Centre for Settlement of Investment Disputes. World Bank Group*, 32.
- Lazo, R. P. (2018). ¿Cuáles son los verdaderos efectos de los acuerdos internacionales de inversión? *Revista Económica Puentes*, 14, 14–18.
- Lazo, R. P., & Wang, A. (2019). *Intra-Latin America Investor-State Dispute Settlement* (J. et al. Chaisse (ed.)). Springer Nature Singapore Pte Ltd. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_44-1
- Mamani Prieto, W. A. (2013). La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 13(13), 549–582. [https://doi.org/10.1016/s1870-4654\(13\)71050-x](https://doi.org/10.1016/s1870-4654(13)71050-x)
- Mortimore, M., & Stanley, L. (2006). La Argentina y los tratados bilaterales de inversion: El costo de los compromisos internacionales. *Desarrollo Economico*, 46(182), 189–214. <https://doi.org/10.2307/4151111>
- Ortiz, R. (2006). *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI :*
- Paparinskis, M. (2015). Derecho internacional de protección de la inversión. In René Urueña (Ed.), *Derecho internacional* (1st ed., pp. 381–410). Universidad de los Andes, Colombia. <https://doi.org/10.7440/j.ctt19jchvd.17>
- Pérez Pacheco, Y. (2015). *A rbitraje desde la* (pp. 147–172). Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela (UCV).
- Remmer, K. L. (2019). Investment treaty arbitration in latin America. *Latin American Research Review*, 54(4), 795–811. <https://doi.org/10.25222/larr.154>
- Romero Amado, J., Toledo Navarro, Y., & Ocampo Fernández, V. M. (2014). El sector servicios: revisión de los aportes para su teorización y estudio. *Tecsiscatl*, 6(16), 1–20.

- Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, S. (2020). *Sistema de información sobre comercio exter.*
- Skovgaard Poulsen, L. N. (2014). Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties. *International Studies Quarterly*, 58(1), 1–14. <https://doi.org/10.1111/isqu.12051>
- Skovgaard Poulsen, L. N., & Aisbett, E. (2013). When the claim hits: Bilateral investment treaties and bounded rational learning. *World Politics*, 65(2), 273–313. <https://doi.org/10.1017/s0043887113000063>
- Solórzano Quintero, J. F. (2017). Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 223. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5256>
- Stanley, L. E. (2004). *Desarrollo Productivo* (pp. 3–72). Naciones Unidas.
- Suñé, N. (2015). Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones / Arbitragem em América Latina. Considerações em matéria de investimentos. *Revista de La Secretaría Del Tribunal Permanente de Revisión*, 3(5), 191–216. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.191>
- Transnational Institute. (2015). *Tratados bilaterales de inversión (TBI)*. <https://www.tni.org/es/colección/tratados-bilaterales-de-inversion-tbi>
- Urueña, Rene, & Prada-Uribe, M. A. (2019). CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y ARBI-. *MPIL Research Paper Series No.*, 05(2019–05), 1–53. <https://ssrn.com/abstract=3331056>
- Vander Stichele, M. (2003). *Bilateral Investment Treaties and a Wto*.
- Victoria, L., & Matamoros, G. (2018). extranjera en Colombia y los acuerdos. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 12, 85–120. <https://doi.org/dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569>
- Zabalo, P. (2012). Issn: 1576-0162. *REVISTA DE ECONOMÍA MUNDIAL*, 31, 261–296.

Anexo 1.

Listado de abreviaciones

SCIE	Solución de controversias entre inversores y Estados
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
IED	Inversión extranjera directa
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
SICE	Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americano
TBI	Tratados Bilaterales de Inversión
EPI	Economía Política Internacional
OMC	Organización Mundial del Comercio
ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ONGs	Organizaciones no Gubernamentales
PCA	Corte Permanente de Arbitraje